**סיכומי פסיקה ומאמרים:**

**1.1 חוקה**

**שלושה מודלים של חוקה/גידי ספיר-** 1) חוקה נועדה להגן על ערכי היסוד ולהעניק יציבות- שמירה על ככלי המשחק. 2) החוקה מגנה על עצמנו בפני עצמנו- עיגון הזכויות בשל חשש מטבעו של אדם. מאפייני החוקה: עליונות- בעלת מעמד גבוה יותר מחקיקה רגילה, נוקשות- קיומו של מנגנון לשינוי החוקה (מנגנון נוקשה שמטרתו להגם על העליונות של החוקה), סגנון- תמציתי עוסק בעקרונות יסוד מופשטים, תוכן- קובע את כללי המשחק בחברה. פתרונות לחסרונות החוקה: 1) החוקה מנוסחת באופן כללי 2) הגבלת היקף הביקורת השיפוטית (מינימליזם) 3) אימוץ כללי פרשנות 4) מנגנוני שליטה על התוצר השיפוטי 5) הורדת רף השריון.

**המהפכה החוקתית- עבר, הווה ועתיד/גידי ספיר-** דגמי הביקורת השיפוטית: מודל ביזורי- כל ביהמ"ש יכול לדון בענייני חוקה. מודל ריכוזי- רק ביהמ"ש לחוקה יכול לבצע ביקורת שיפוטית. בישראל- פורמלית- ביזורי משולב עם ריכוזי. בפועל לפי פסיקת העליון- המודל הביזורי. הרציונליים לאימוץ חוקה: 1) הגנה על ערכי היסוד- שכרות למול פיכחון. 2) יציבות וקביעות- שימור כללי המשק הקיימים. 3) הגנה על המבנה הדמוקרטי- חשיבות ביצירת כללי משחק שבבסיסם הם דמוקרטים. 4) להבטיח שעניינים מהותיים יקבלו את תשומת הלב הראויה ויוכרעו ע"י המערכת הפוליטית לאחר שק"ד מעמיק.

**חוקה כחוק עליון למדינת ישראל/לנדוי-** יש צורך בחוקה בכל הקשור לכללי המשחק הדמוקרטיים ללא הכללת זכויות האדם. החוקה היא מכשיר לחלוקת הכוח הפוליטי ונועדה לשמר את המנגנון השלטוני. הוא מעלה חשש שהמעוברות השיפוטית בשאלות מהותיות יזיקו למעמדו של בית המשפט ויהפכו אותו למסומן פוליטית. הפתרון- אימוץ כללים שיצמצמו את היקף שק"ד של השופטים. 1) פרשנות סובייקטיבית- מה הייתה הכוונה המקורית של המנסח. יש לה שני חסרונות: א. לא ניתן לדעת בוודאות למה התכוונו המנסחים. ב. פרשנות סובייקטיבית עלולה להחמיר את בעיית הקיבעון ולפגוע בדור הבא. 2) פרשנות ע"פ תפיסת עולם עכשווית- בהתאם לערך כבוד האדם או בהתאם לתפיסת העולם העכשווית של רוב הציבור.

דברים מהמאמר שגידי אמר בכיתה: המעורבות השיפוטית בשאלות מהותיות יהפכו אותו ל"מסומן" פוליטית-ערכית. בנוסף, המערכת הפוליטית תראה בו יריב משום שביהמ"ש מבטל/מגביל את כוחם של המחוקקת והמבצעת. סכנות נוספות הן עומס על מערכת המשפט ועירוב הדין.

לפי המאמר של לנדוי, כאשר ביהמ"ש מתחיל להיכנס למחלוקת, הוא נכנס לפוליטיקה ומתחיל לאבד אמון של חלק מהציבור. הירידה באהדה לביהמ"ש העליון היא בעקבות המהפכה החוקתית, ביהמ"ש הכניס את עצמו למחלוקות חוקתיות ולכן האהדה ירדה.

**המהפכה הפרשנית/ ניר קידר-** הפרשנות התכליתית (השיטה המזוהה עם ברק) מסייעת למשפט להציג את עצמו כניטרלי, היא ראויה כל עוד היא לא נופלת במתחם הפרשני הנתפס ע"י הקהילה הפרשנית כלגיטימי + אמת מידה מהותית ערכית. פרשנות סובייקטיבית-תכליתית (פירוש החוק בהתאם לתפיסת עולם עכשווית) היא בעייתית, אין לה יציבות והיא עלולה לפגוע בעקרון הפרדת רשויות ולהשאיר לשופט שק"ד רחב.

**התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת- (**עתירה נגד חוק טל בפעם הראשונה). עתירה על כך שחוק טל פוגע בשוויון. **גרוניס:** התנגד לביקורת שיפוטית וטוען שאין להתערב בחוק טל משום שהדמוקרטיה בעצמה קבעה אותו ע"פ שלטון הרוב. לשופטים אין צורך להתערב מאחר ותפקידם הוא רק לדאוג לתקינותו של ההליך הפוליטי ולשמור על זכויות המיעוט. כל עוד אין פגיעה בכללי המשחק הדמוקרטיים אין מקום להתערבות. **ברק:** גורס ששיטתו של גרוניס מצמצת מידי. לדעתו זוהי תפיסה צרה ובלתי ראויה. תקפיד השופטים הוא להגן על הדמוקרטיה על כל פניה.

**1.2.1 המהלך החוקתי 1948-1992**

**המהפכה החוקתית/רות גביזון-** החלטת הררי עמומה מבחינת מעמד ומועד השלמה, לטעמה חיקוק חו"י התעכב מבחירה. חו"י הכנסת נחקק רק 8 שנים אח"כ- כנראה שלא התכוונו באמת לחוקק חוקה במהירות.

**מברגמן וקול העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם / דוד קרצ'מר**

1. פסק דין ברגמן – תחילת הביקורת השיפוטית בישראל.

• בית המשפט הכיר בזכותו לבטל חוק של הכנסת אם הוא סותר חוק יסוד משוריין.

• למרות ההחלטה, השופטים נמנעו מלהצהיר במפורש על סמכותם החוקתית.

2. פסיקות מאוחרות: קניאל, רסלר, נגב.

• בדיונים אלו נקבע כי אין לחוקי יסוד עדיפות אוטומטית על חקיקה רגילה, אלא אם יש בהם סעיף שריון מפורש.

3. השינוי עם חוקי היסוד החדשים (כבוד האדם וחירותו, חופש העיסוק)

• הכנסת הגדירה במפורש כי ניתן להגביל זכויות רק בחוק העומד בתנאים מסוימים.

• הדיון עובר לשאלה האם חוקים אלה מעניקים לבית המשפט סמכות לפסול חוקים שסותרים אותם.

4. בנק המזרחי – המהפכה החוקתית

• פסק הדין הכיר בכך שחוקי היסוד הם בעלי עליונות חוקתית.

• בפעם הראשונה נקבע במפורש כי לבית המשפט יש סמכות לבטל חוקים שסותרים את חוקי היסוד.

• השופט ברק הדגיש את סמכות הכנסת כרשות מכוננת ואת הצורך בהגנה חוקתית על זכויות האדם.

הדיון מצביע על כך שהתפתחות ביקורת שיפוטית בישראל לא קרתה בבת אחת, אלא דרך פסיקות הדרגתיות שהובילו להכרה בבית המשפט כמגן על זכויות היסוד.

שאלת מעמדם של חוקי היסוד בהיעדר חוקה

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| נושא | פס"ד | עובדות | הלכה |
| הביקורת השיפוטית לפני 1992 | ברגמן נ' שר האוצר | הכנסת קיבלה חוק מימון שלפיו תתשתף הממשלה בהוצאות הבחירות של הרשימות לכנסת ה-7 המיוצגות בכנסת הנוכחית. שינוי חוק יסוד דורש רוב מוחלט של חברי כנסת (=61 מצביעים), וחוק המימון התקבל ברוב רגיל לכן אין לו תוקף. | לנדוי – הציע שתי אלטרנטיבות: 1. חוק המימון יובא שנית לכנסת והיא תאשר אותו ברוב מוחלט (61).2. לנסח מחדש את החוק ברוח עיקרון השוויון כך שלא יפגע.**הלכת ברגמן:** ביהמ"ש יצווה על רשויות לא לפעול ע"פ חוק הסותר הוראה בחו"י הדורשת רוב ח"כ לשינויה אם אותו חוק לא התקבל ברוב האמור.פסק הדין קובע שלוש אפשרויות לפירוש (קרצ'מר):1) כל חוק יסוד נהנה מעליונות נורמטיבית. 2) חוק יסוד משוריין נהנה מעליונות נורמטיבית.3) הכנסת יכולה לכבול את עצמה (הכנסת יכולה לשריין גם חוק רגיל- הכל תלוי בשריון).**תוצאה-** העתירה התקבלה אבל החוק לא בטל. |
| הביקורת השיפוטית לפני 1992 | נגב נ' מדינת ישראל | הורשע במכירת דלק באוקטן נמוך מן התקן, בתיאור מסחרי כוזב, ובהעמדה למכירה של סחורה שייחדו לה סימן מסחרי כוזב.הטענה- בסעיף 31 לחוק יסוד הממשלה נאמר, כי אם לשר יש סמכות חקיקתית, הוא לא יכול להאצילה לאדם אחר. ולכן, השר אינו רשאי להעביר את הסמכות להתקנתה לממונה על התקינה. | בית המשפט (ברנזון):1. סעיף 21 לחוק התקנים מסמיך את השר להעביר לממונה על התקינה את סמכויותיו לפי החוק.2. מתקיימת סתירה בין חוק היסוד לחוק התקנים.3. מתן עדיפות לחוק המיוחד (חוק התקנים) על פני חוק הכללי (חו"י הממשלה) – **במידה ויש סתירה בין חוק כללי לחוק ספציפי,** **הספציפי יגבר**. אנחנו יוצאים מנקודת הנחה שהמחוקק לא מייצר סתירות בין חוקים ולכן אנחנו נסמכים על כך שהמחוקק חוקק חוק כללי **והחוק הספציפי מהווה חריג.**בכך נדחית האפשרות הראשונה של קרצ'מר. (הלכת ברגמן)**תוצאה-** העתירה נדחית. |
| הביקורת השיפוטית לפני 1992 | קניאל נ' שר המשפטים | חוק לחלוקת עודפי קולות מעניק יתרון בולט לסיעות הגדולות על חשבון הסיעות הקטנות ובכך סותר את הוראת סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, הקובע שהבחירות לכנסת תהיינה שוות, משום שעקרון זה נובע שיהיה קול אחד לכל אחד. התיקון התקבל ברוב הגדול מ-61 חברי כנסת כנדרש על פי הוראת השריון.  | אגרנט – שינוי חוק יסוד לא בהכרח צריך להיעשות ע"י חוק יסוד אחר או חוק מיוחד והוא יכול להיעשות גם בדרך חקיקה רגילה של הכנסת אם עומדת בדרישת הרוב הדרוש. חוק יסוד משוריין יכול להישנות גם בחוק רגיל. משמע **לחו"י משוריין אין עדיפות נורמטיבית.**דוחה גם את האפשרות השנייה של קרצ'מר. (הלכת ברגמן). פס"ד זה נשען על האפשרות השלישית, כי הכנסת יכולה לכבול את עצמה ביחס לחקיקה עתידית, גם בחקיקה רגילה.**תוצאה-** העתירה נדחית. |
| הביקורת השיפוטית לפני 1992 | לאו"ר נ' יו"ר הכנסת (1990) | נעשה תיקון בחוק מימון מפלגות בכנסת אשר הפר את עקרון השוויון. החוק לא בהתאם לשריון והוא מחזק ומביא כסף למפלגות שעברו את אחוז החסימה לעומת אלו שלא.התיקון התקבל ברוב מיוחד. | אלון (רוב) – אין תפקיד המשפט לפסול חוקים אולם החוק לא עמד בדרישה פורמלית ולכן בטל. התיקון לא עבר את הרוב הנדרש ולכן עתיד העתירה להתקבל.ברק (מיעוט) – ניתן לבטל חוק בגלל סתירה לעקרונות היסוד של השיטה גם בהיעדר חוקה. (במקרה דנן נמנע ומשאיר לכנסת). ברק מכין את הקרקע. החידושים של ברק:1. ניתן סמכות לפסול חקיקה ראשית כאשר היא מתנגשת עם עקרונות היסוד של השיטה גם אם אינם מעוגנים בחוקה- לא צריך חוקה כדי לפסול חקיקה ראשית.2. אפשר לפסול חוק גם אם אינו סותר את החוקה אם ההגנה לעקרונות היסוד שהיא נותנת אינה מספקת. כלומר, אם החוק אינו עומד בקריטריונים של חוקי על (משפט הטבע). [אוביטר]**ההלכה:** ביהמ"ש יכול להתערב בחקיקה, לקבוע שהשריון נמוך מדי ומוסמך לבטל חוקים שנקבעו בכנסת בחקיקה ראשית אם הם פוגעים בזכויות אדם.**תוצאה-** קבלת העתירה. |

הגנה על זכויות בהיעדר חוקה

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| נושא | פס"ד | עובדות | הלכה |
| הביקורת השיפוטית לפני 1992 | בז'רנו נ' שר המשטרה (1949) | בז'רנו עבד כ-10 שנים כמאעכר המספק שירותי הגשת בקשות והעברת מכוניות טסט במשרד הרישוי. שר המשטרה אוסר עליו להמשיך ולעסוק במשלח ידו בטענה כי הדבר פוגע בסדר הציבורי וכי אין חוק המסמיך אותו לעסוק בכך. | חשין – זכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה. פגיעה בזכות (במקרה דנן חופש העיסוק) צריך שתהיה בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה ע"י הסמכה מפורשת מהמחוקק הראשי. **ההלכה:**1) מעמד זכויות האדם ללא חוקה- זכויות אדם הן טבעיות.2) דרישה להסמכה מפורשת בפגיעה בהם. **תוצאה-** העתירה מתקבלת. |
| דרישת הסמכה | מיטרני נ' שר התחבורה | העותרים טוענים לפגיעה בחופש העיסוק עקב הוראות פנימיות של משרד התחבורה לפיהן הם לא יכולים לטפל בבקשות לבדיקת ורישוי רכב- מקור פרנסתם. | שמגר – מדובר בחקיקת משנה. הרשות המבצעת רשאית לפגוע בזכות יסוד רק אם הוסמכה לכך בצורה מפורשת ע"י המחוקק.**ההלכה:** פגיעה בזכויות צריכה להיות רק על ידי הסמכה. רק המחוקק או הרשות המבצעת שיקבלו הסמכה מפורשת רשאים לפגוע. על מנת לפגוע בזכות צריכה להיות הסמכה ספציפית ומפורשת המסמיכה את המחוקק להתקין תקנות שפוגעות בזכות זו.  |
| הביקורת השיפוטית לפני 1992 | שטרייט נ' הרב הראשי לישראל | נישואין אזרחיים ברומניה, הבעל מבקש להתגרש והאישה מסרבת. החוק אוסר על ריבוי נישואין, אך מעניק בסעיף 5 פטור מעבירת הביגמיה למי שקיבל היתר נישואין לפי פסק דין סופי של בית דין רבני ופסק הדין אושר על ידי שני הרבנים הראשיים. בית הדין הרבני נתן היתר (בכפוף לאישור הרבנים הראשיים)- האישה עותרת לבג"צ | כהן – הפירוש המרחיב יוצר אפליה בין יהודים ללא יהודים, שהרי העילות להיתר נישואין שניים לגבי לא יהודים המופיע בסעיף 6 לחוק מצומצם מאוד בעילותיו (מחלת נפש המונעת אפשרות קבלת הסמכה של בן הזוג או היעדרות בן הזוג לפחות 7 שנים המעוררת חשש סביר לחייו)- ונעמיד את המחוקק על חזקתו שלא התכוון לפגוע בזכויות היסוד.אם קיים אותו הסדר ליהודים ולא יהודים, למה יש סעיפים שונים לשני הצדדים? המחוקק התכוון לקבוע הסדרים שונים לפי הדת. הפרשנות של ביהמ"ש לא סבירה, **אך מעדיף ביהמ"ש לפרש חוק באופן שימנע פגיעה בזכויות מכוח החזקה הפרשנית. זה כלי לשמירה והגנה על זכויות האדם**.**חזקה פרשנית-** ביהמ"ש יעדיף פרשנות העולה בקנה אחד עם זכויות האדם על פני פרשנות שלא. ביהמ"ש יצא מגדרו כדי למנוע פגיעה בשוויון. **ההלכה:** חזקה פרשנית לטובת הזכויות. ביהמ"ש מתערב בשיקול דעת מנהלי כאשר הוא נעשה שלא במסגרת החוק לשם שמירה על זכויות אדם. החידוש- קריאה מצמצמת של חוקים.**תוצאה-** העתירה מתקבלת |
| חופש הביטוי – רציונל ומעמד | קול העם נ' שר הפנים | החלטת שר הפנים לסגור את העיתון הקומוניסטי בעקבות כתבה שערורייתי. טענת השר- פגיעת שלום הציבור, ישנה הסמכה מפורשת ע"פ פקודת העיתונות. | אגרנט – מאמץ את מבחן הוודאות הקרובה ובכך מקבע סטנדרט גבוה של הגנה על חופש הביטוי. חופש הביטוי הוא זכות חוקתית הנגזרת מהאופי הדמוקרטי של המדינה. ניתן לפגוע בו אם הוא עלול לפגוע בשלום הציבור, נבחן את הסתברות הפגיעה ע"י איזון אנכי (מאחר והוא עמום):1. האם הביטוי מסית לפעולה מסוימת.2. נסיבות הפרסום, רגיעה או מצב חירום?3. כמה הנזק יהיה סמוך להתבטאות.במקרה דנן שיקול הדעת של שר הפנים היה מוטעה מאחר ואין קרבה וודאית לשלום הציבור- החלטת שר הפנים מבוטלת.**ההלכה:** ביהמ"ש טוען שאמנם הייתה סמכות אך היה פגם בשק"ד. ביהמ"ש מתערב בשק"ד של הרשות המבצעת, ביקורת מהותית על שיקול דעת מנהלי. |

**1.2.2 המהלך החוקתי 1992 ואילך**

**מתן חוקה לישראל/ משה לנדוי-** מתנגד לחוקה ולביקורת שיפוטית עליה מבחינה ערכית למעט על תחומי מבנה ושלטון. מבקר את פס"ד מזרחי- לא ניתן לקבל חוקה בהיחבא. סכנות לביהמ"ש בלקיחת סמכות לא לגיטימית- ירידת מעמד, אמון הציבור ועומס.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| נושא | פס"ד | עובדות | הלכה |
| הביקורת השיפוטית לאחר 1992 | בנק מזרחי נ' מגדל כפר שיתופי | נחקק תיקון לחוק ההסדרים המבטל את חובות החקלאים לבנקים לאור משבר חקלאי. הבנקים טוענים לפגיעה בזכות לקניין ובשל כך לפגיעה בחו"י כבוד האדם. | 1. סמכות הכנסת לחוקק חוקה:שמגר – כן משום שהכנסת היא כל יכולה.ברק – כן לפי תורת שני הכובעים: כובע המכוננת וכובע המחוקקת. בנוסף- לפי עקרון הירושה, הסמכות עברה מהכנסת שלפניה.חשין – לא מפני שהכנסת לא נבחרה ע"י העם.2. מעמד חוקי היסוד:ברק – חוק יסודלא משוריין נהנה מעליונות נורמטיבית מעצם היותו חו"י. שינוי של חו"י יעשה באמצעות חו"י אחר.ברק – לא ניתן לפגוע בחו"י (עם שריון מהותי) אלא בעמידה של חו"י בתנאים שהחוק עצמו הגדיר ולזמן מוגבל. ניתן לפגוע בחו"י משוריין ע"י חוק רגיל רק כאשר הפגיעה מפורשת. **הלכה:**1. לחו"י יסוד עליונות נורמטיבית ללא קשר לשריון**.**2. לכנסת יש מעמד של אסיפה מכוננת |
| הביקורת השיפוטית לאחר 1992 | לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר | חוק תיקי ההשקעות דורש ממי שעוסק במקצוע פחות מ7 שנים לעובר מבחנים ע"מ לקבל רישיון. העותרים טוענים כי זה פגיעה בחופש העיסוק בכך שאינו מידתי. | ברק – קבע את **עקרון** "**העיפרון הכחול"** הקובעשכשמבצעים ביקורת שיפוטית ניתן לפסול סעיף ספציפי ואין חובה לפסול את כל החוק. (כאילו מקיפים אותו בעיפרון). ברק עושה בפעם הראשונה שימוש במבחני המידתיות:1) קשר אמצעי מטרה.2) האמצעי שפגיעתו פחותה.3) תועלת מול נזק.**חשיבות והלכה:** תקדים ראשון לביטול חקיקה ראשית בשל פגיעה בחו"י חופש העיסוק.על חוק הפוגע בחו"י חופש העיסוק לעמוד בפסקת ההגבלה.**תוצאה-** ביהמ"ש פוסל את החוק פרוספקטיבית ובכך מאפשר למחוקק זמן התארגנות. |
| הביקורת השיפוטית לאחר 1992 | צמח נ' שר הביטחון (1999) | תיקון לחוק השיפוט הצבאי המאפשר כליאה של עד 96 שעות מבלי לראות שופט, העצור החוזק חמישה ימים. הצבא מסכים לתקן את החוק אך טוען שלא יכול בגלל שיקולי תקציב. | זמיר – הסעיף לא עומד במבחן המידתיות השני (פסקת ההגבלה). היה אפשר להשיג את אותה מטרה עם שלילה מינימלית יותר של החירות. ביהמ"ש לא קובע שכל מחיר כלכלי שווה על מנת למנוע פגיעה בזכות.ביהמ"ש העניק תוקף חוקתי ועליונות לחוק שמשוריין בשריון מהותי ולא פורמלי- וזהו החידוש בפרשת צמח. כבוד האדם משוריין רק מהותי וזה בעצם החידוש.**תוצאה-** ביטול החוק. הצהרת הבטלות היא פרוספקטיבית (עתידית). יינתן זמן למדינה להיערך לפסיקה ולצבא להיערך לוגיסטית לשינויים. לכן, החוק יהא בטל רק כחצי שנה לאחר הפסיקה, ובינתיים ההסדר הקיים ימשיך להתקיים. |
| חירות נ' יו"ר ועדת הבחירות (2003) | ג'ינגל מסית בעל אופי גזעני- מנגינה ישראלית מוכרת שהלבישו עליה מילים בערבית גרם לפסילת מפלגה ע"י היו"ר.חוק הבחירות לא מאפשר לביהמ"ש לבקר החלטה של היו"ר אך חו"י השפיטה מאפשר לבג"ץ לשפוט. | ברק – הופך את האוביטר של מזרחי לרציו. הוראת חוק לא יכולה לשנות הוראת חוק יסוד. ברק מפרשת את המושג "שום ביהמ"ש" כאילו לא חל על בג"ץ. **ההלכה:** חוק רגיל אינו גובר על חוק יסוד. הפעם הראשונה בה חו"י לא משוריין (שותק) גובר על חוק רגיל. (הפיכת הלכת נגב).  |

**1.2.3 המהלך החוקתי – השלמה שיפוטית של חלקי החוקה החסרים**

**הזכויות הבלתי מנויות/הלל סומר-** ישנן 3 תזות שניתן להכנס זכויות בלתי מנויות לחוק היסוד:
1) נכניסן דרך ס' 1 לחו"י כבוה"א.
2) עיגון הזכויות הבלתי מנויות כחלק מהמושג כבה"א- ברק תומך בתזה הזו.
3) עיגון הזכויות הבלתי מנויות כחלק ממגילת העצמאות.
הלל סומר מתנגד לדעת ברק, בכוונה השאירו דברים מסוימים מחוץ לכוה"א. הכנסתן בכוח תגרום להקפאת התהליך החוקתי, איבוד לגיטימציה של ביהמ"ש ולביטול חוקים קיימים.
נימוקים נגד התזה של ברק-
1) הפירוש הלשוני המתאים הוא במובן הצר, הזכות לכבוד היא פרטיקולרית וספציפית.
2) ההיסטוריה החקיקתית (כחלק מתהליך הפשרה): כוונת המחוקק הייתה לזכות לכבוד בלבד.
3) אין ראוי לשנות את כוונת המחוקק.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| רסלר נ' הכנסת | בחוק טל (2002) נקבע שתלמידי ישיבות יוכלו לקבל דחייה מחובת השירות בצה"ל. לאחר 4 שנים יוכלו לעזוב את הישיבה למשך 'שנת הכרעה' שבה יחליט כל אחד מהם אם לחזור ללימודים בישיבה ולא להתגייס לצבא; אם יחליט לעזוב את הישיבה, יגויס לשירות צבאי או אזרחי מקוצר, ולאחר מכן יוכל לפנות לענייניו. תוקפו של החוק נקבע לחמש שנים מיום פרסומו, ולכנסת ניתנה הסמכות להאריך את תוקפו בחמש שנים נוספות. | 2002:ברק – עונה שהמציאות לא תואמת את הציפיות שבחוק, כלומר, אנו נכשלים במבחן הראשון של פסקת ההגבלה. במקרה זה, לא צריך להתבסס על השכל אלא על הנתונים והמציאות.ברק אומר שהוא לא פוסל את החוק כי זהו תהליך, ויכול להיות שהמגמה תשתנה.2009: הוארך החוק שוב.2012:בייניש – החוקלא חוקתי, האמצעים לא משיגים את תכליתו. החוק נופל במבחן הראשון של המידתיות.גרוניס (מיעוט) – לאורהעבודה שחוק דחיית שירות התקבל בהליך דמוקרטי בהסכמת חברי הרוב החילוני במדינה, אין מקום להתערבות בג"ץ. **ההלכה והחידוש:** פעם ראשונה שהעליון פוסל חוק בגלל סתירה לזכות שאיננה מנוייה במפורש בחוק היסוד תוך שהוא קורא את אותה הזכות לתוך חוק היסוד.**תוצאה-** פסילת החוק בשל אי חוקתיות. |
| חסן נ' המוסד לביטוח לאומי | חוק ביטוח לאומי קובע כי מי שמחזיק ברכב לא זכאי להבטחת הכנסה. העותרים טוענים לפגיעה בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד. | בייניש – פוסלת את החוק בגלל פגיעה לא מידתית בזכות לקיום אנושי בכבוד שנמצאת בגרעין המהותי של הזכות לכבוד. תועלת כלכלית לא עולה על זכויות אדם.**החידוש בפס"ד:** זוהי הפעם הראשונה שבה ביהמ"ש העליון פסל חקיקה ראשית לאחר שמצא כי היא פוגעת ללא הצדקה בזכות חברתית.**חשיבות:** הזכות לתנאי קיום מינימליים נכנסת לתוך הזכות לכבוד.ביהמ"ש העליון מרחיב את מהלך העיגון של הזכויות הבלתי מנויות בתוך חוקי היסוד |

**1.2.4 המהלך החוקתי – פסקת ההתגברות**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| מיטראל נ' הכנסת | בשנת 94' חוקק חוק ייבוא בשר קפוא שכלל תנית כשרות- החוק נחקק תחת תנאי פסקת ההתגברות וברוב של ח"כים.**טענת העותרים (מיטראל):** 1. החוק סותר את ס' 1 ו2 לחו"י חופש העיסוק, ואין בינם לבין פסקת ההגבלה חפיפה מלאה.2. פוגע בחופש הדת והמצפון- פגיעה שאינה ראויה ומעבר למידה הדרושה (חו"י: כבוה"ח).3. פוגע בשוויון דתות (לא אוכלים כשר) ובאנשים חסרי אמצעים (בשר כשר יקר יותר). | ברק – חוק העומד בדרישות פסקת ההתגברות ופוגע גם בזכות שנכללת בחוק יסוד בו אין פסקת התגברות לא יבוטל אם יתקיימו בו התנאים הבאים:1. הפגיעה בזכויות האדם היא תוצר לוואי של הפגיעה בחופש העיסוק.2. הפגיעה בחופש העיסוק היא עיקרית וכבוה"ח משנית.3. הפגיעה בזכויות האדם האחרות אינה בעלת עוצמה ממשית.**תוצאה-** העתירה נדחית. |

**ההליך החוקתי/גידי ספיר-** ספיר מציע מודל נוסף שהוא המודל האידיאולוגי. דיון ביהמ"ש בסוגיה מסוימת נועד לחזק את הדיון בסוגיות ערכיות מהותיות. דיון רציני ומעמיק. החוקה צריכה להיות מנוסחת באופן עמום זאת ע"מ שביהמ"ש יוכל להציע עמדה והציבור יוכל להציע עמדה שונה באמצעות המחוקק.

**1.2.5 המהלך החוקתי – ביקורת שיפוטית הליכית**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל | עתירה נגד חוק ההסדרים.חוק ההסדרים הובא לאישור הכנסת בצמוד לחוק אישור התקציב. החוקים המובאים בו מאופיינים בהליכי חקיקה מהירה- דיון מזורז במכלול ובמקשה אחת. | בייניש – קובעת כי תנאי להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה הינו פגיעה קשה וניכרת בעקרון יסוד של הליך החקיקה.בין עקרונות היסוד:עקרון הכרעת הרוב, עקרון השוויון הפורמלי (קול שווה למשנהו), עקרון הפומביות, עקרון ההשתתפות.עושה הבחנה בין 2 רמות: בעולם מתוקן צריך שיהיה הליך חקיקה נאות, אנחנו קובעים את הרף נמוך. אולי לא התקיים הליך חקיקה נאות אך התקיים הרף המינימלי ולכן, אין להתערב מצד ביהמ"ש. |
| ארדן נ' יו"ר ועדת הכספים | הכנסת חוקקה שלושה חוקים המסדירים היבטים שונים של שוק ההון בישראל, ותקנות הנלוות להם אושרו בוועדת הכספים. יו"ר ועדת הכספים ביצע מניפולציה בסדר הדיון ובמועד ההצבעה כדי למנוע מחברי הוועדה המתנגדים לתקנות לנכוח בהצבעה. יושב הראש הודה אך טען שפעל במסגרת סמכותו לפי התקנון.הטענה מנוגדת להלכת מגדלי העופות לפיה המבחן אינו אם הייתה הפרה של התקנות, אלא אם הפגם פגע בעקרונות היסוד של הליך החקיקה. | ברק – מדובר ב"תפקיד מנהלי-חקיקתי מובהק" של הכנסת, אשר גורר ביקורת שיפוטית מוגבלת ומרוסנת. מאחר שמדובר בהליך פנים-פרלמנטרי, ובהתאם להעדפת עצמאות הרשות המחוקקת, מקרה זה אינו נכלל בגדר המצבים המצדיקים התערבות שיפוטית.**תוצאה-** העתירה נדחית. |
| קווטינסקי נ' כנסת ישראל (2017) | שר האוצר כחלון מקדם חוק הנוגע למס על דירה שלישית. אישרו את החוק בזריזות בוועדת הכספים. | ביהמ"ש ברוב של 4 נגד 1 מבטל את החוק בנימוק של פגם בשורש ההליך (זירוז ההליך), טענו ל**פגיעה בעקרון ההשתתפות**.סולברג – פסל את החוק על בסיס עקרון יסוד בלתי כתוב, ובכך ייסד כלי אקטיביסטי המרחיב את הביקורת השיפוטית, שכן בעתיד שופטים עשויים לבטל חוקים על סמך הוראות בלתי כתובות.מזוז – מסכים שניתן לבקר הליכי חקיקה, אך חושש שההלכה שנקבעה תהווה תקדים להרחבת הביקורת השיפוטית, שבעבר התבססה על עקרונות כתובים בלבד. לשיטתו, אם בית המשפט מבקש להתערב על בסיס עקרון בלתי כתוב, עליו להוכיח שהעיקרון מוסכם ושמדובר בפגיעה קיצונית ומהותית.סולברג – משיב כי מזוז מתנגד עקרונית לביקורת על הליך החקיקה. הוא מחזק עמדתו על בסיס הפרדת הרשויות והלכת מגדלי העופות, וטוען כי התערבות בתוכן החקיקה חריפה אף יותר מהתערבות בהליך החקיקה עצמו.**החידוש:** זוהי הפעם הראשונה בה ביטל ביהמ"ש חוק מכוח המודל הפרוצדורלי והפעם הראשונה בה פוסל חוק בשל פגם בהליכי החקיקה על סמך עקרון יסוד לא כתוב (עקרון ההשתתפות).**תוצאה-** ביטול החוק. |

**1.2.6 חוקי היסוד כחוקה**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| נושא | פס"ד | עובדות | הלכה |
| כיצד מזהים חוקה? | בנק המזרחי | תנאי הכרחי- כשחוק נקרא חו"י הוא חלק מהחוקה, ע"פ החלטת הררי. על כן, חוקים שנחקקו לאחר מכן, גם אם הם בעלי תוכן חוקתי, אינם חוקי יסוד. | השאלה לגבי חקיקה עתידית של הכנסת שתעשה שימוש לרעה בביטוי "חוק יסוד" נותרה בצריך עיון, שכן היא נוגעת למערכת היחסים בין הרשות המכוננת לרשות השופטת.שמגר (גישה צורנית) – חקיקההמוגדרת כ"חוק יסוד" היא חלק מהחוקה, בהתאם להחלטת הררי. סימון החוק ככזה מבהיר את מעמדו, ולכן יש לבחון את היבטיו הצורניים: הכותרת, נוקשות, שריון מהותי ותהליך ייחודי.ברק (גישה מהותית) – יש לבחון אם חוק יסוד מתאים להיות כזה גם מבחינה מהותית. הוא מעלה שתי שאלות שנותרו בצריך עיון:1. האם חוק שמהותית צריך להיות חוק יסוד אך אינו עומד בקריטריונים הצורניים נחשב לחוק יסוד?2. האם כל חוק שהכנסת מכנה "חוק יסוד" אכן הופך לחלק מהחוקה? (נוגעת ליחסי הרשויות ודורשת דיון מעמיק).**לדעת גידי**, נוצר מצב אבסורדי שבו חוק יסוד "שותק" (שלא כולל הוראות שריון) מוגן יותר מחוק יסוד משוריין. פסק דין מזרחי, שעבר ללא תגובת המחוקק, יצר את מושג ה"שריון המהותי" ואת הרעיון שחוקי יסוד הם עליונים מעצם הגדרתם. |
| בר-און נ' כנסת ישראל | תיקון חוק היסוד בהוראת השעה (מעבר לתקציב דו-שנתי). | **השאלה המשפטית המרכזית:**האם חוק יסוד: הוראת השעה הוא אכן חוק יסוד? לשם כך, יש לבחון:1. האם הזיהוי של חוק יסוד נעשה על בסיס מבחן צורני, מהותי או שילוב של שניהם?2. האם העובדה שמדובר בהוראת שעה פוגמת במעמדו החוקתי?בייניש – שם החוק כ"חוק יסוד" מקנה לו מעמד חוקתי, אך יש הטוענים כי לצד המבחן הצורני יש להוסיף גם מבחן מהותי – כלומר, שהתוכן צריך להתאים לחוק יסוד ולא רק הכותרת.יתרונות המבחן המהותי: מניעת שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" וסינון חקיקה שאינה ראויה להיחשב כחוקה.חסרונותיו: חוסר ודאות לגבי חקיקה קיימת ועתידית, ומתח בין הכנסת לביהמ"ש.עם זאת, אין צורך להכריע בכך כעת, משום שהחוק עומד בשני המבחנים.בייניש טוענת שאין מדובר בשינוי חוקתי, אלא בסטייה נקודתית ממנו, לכל היותר פגיעה מותרת לפי סעיף 2 לחוק. "החריג אינו בולע את הכלל". הכרעה כי זהו חוק יסוד משפיעה על תקפות השינוי בחוק יסוד משק המדינה ועל היקף ההתערבות השיפוטית.המבחן הצורני, שהוכר בפס"ד מזרחי ע"י שמגר, מסייע בזיהוי האם חוק מסוים הוא חוק יסוד. הכנסת, כרשות מחוקקת ומכוננת, מחויבת להבחין בין חקיקה רגילה לבין חקיקת יסוד מראש, כדי שתוכל "לחבוש" את כובע הרשות המכוננת בעת קבלת החלטות חוקתיות. |
| איך מבדילים בין שינוי חוק יסוד לפגיעה בו? | תנועת דרור ישראל נ' כנסת ישראל | העתירה דנה בתיקון לס'7 **לחוק מקרקעי ישראל** שמאפשר הקניית בעלות במקום חכירה לדורות בקרקע עירונית בסוגים מסוימים של מקרקעין בהיקף מסוים. הדיון נסב אודות המתח בין חוק זה לחו"י: מקרקעי ישראל (ס'1) **האוסר העברת קרקעות מבעלות המדינה לבעלות פרטית.** | בייניש – לא מדובר בשינוי משום שאין כאן שינוי של ההסדר החוקתי אלא סטייה נקודתית ממנו, לכל היותר פגיעה שמותרת לאור סע' 2 של החוק המורה כיצד ניתן לפגוע בהוראות סע' 1. "החריג אינו בולע את הכלל".**חשיבות:** אין שינוי שלא משנה מהותית את הרעיון המרכזי שמתווה חו"י. אין גם פגיעה משום שהחוק מתיר פגיעה בו. |
| שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים | בנק המזרחי | תנאי הכרחי- כשחוק נקרא חו"י הוא חלק מהחוקה, ע"פ החלטת הררי. על כן, חוקים שנחקקו לאחר מכן, גם אם הם בעלי תוכן חוקתי, אינם חוקי יסוד. | שמגר –שינוי חו"י יתבצע רק באמצעות חוק יסוד אחר.בפגיעה בחו"י קיימות שלוש אפשרויות:1. פגיעה באמצעות חוק רגיל.2. אי-אפשר לפגוע כלל.3. פגיעה באמצעות חוק רגיל רק אם יש הסמכה מפורשת.שמגר מאמץ את הגישה שאם אין הוראה מפורשת לעניין הפגיעה, ניתן לפגוע רק בפרוצדורת שינוי (גישה 3).ברק – שינוי יתבצע רק באמצעות חוק יסוד אחר, אלא אם החוק מאפשר שינוי בדרך אחרת. במקרה של שריון – הדרישות מצטברות.פגיעה אפשרית באמצעות חוק רגיל, בתנאי שיש אמירה מפורשת בחוק. (גישה 2)**לסיכום, שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים:****שינוי**: רק ע"י חוק יסוד. אלא אם חו"י מאפשר אחרת. במידה ויש דרישות מסוימות הן צריכות להיקבע בחוק יסוד.**פגיעה**: אם הוא לא אומר כיצד לפגוע בו יש 3 אפשרויות:א. באמצעות חוק רגיל.ב. באמצעות חוק רגיל עם אמירה מפורשת של הכנסת (ברק).ג. אי אפשר לפגוע. רק בפרוצדורת שינוי ע"י חו"י (שמגר).ד. פגיעה על סמך הלכות מתקדמות: אפשר לפגוע עם חוק רגיל- בכפוף למבחני המידתיות/ פסקת הגבלה (ברק, הופנונג). |
| שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים | הופנונג נ' יו"ר הכנסת | נטען כי חוק תיקון מפלגות פוגע בעקרון השוויון- מאפשר בחירה רק למפלגות ישנות. פגיעה בשוויון לפי ס' 4 לחו"י הכנסת, המשוריין משינוי. | זמיר – קובע כי פגיעה בשוויון מבטלת חוק רק אם מדובר בשוויון מהותי, כלומר שוויון סיכויים, אך אינו מגדיר זאת במדויק. הוא מציע להשתמש במבחני פסקת ההגבלה כדי לקבוע אם פגיעה בשוויון מהותי היא לגיטימית, וכך מייבא את המבחנים להגדרת הפגיעה עצמה.ברק (גישה אחרת) – יצירת פסקת הגבלה שיפוטית שתבדוק את לגיטימיות הפגיעה ולא רק את עצם קיומה. הוא מחליף את השריון הפורמלי (ס'46) בשריון מהותי, כך שפגיעה בזכות תהיה מותרת רק אם עומדת בפסקת הגבלה קיימת או כזו שתיווצר במיוחד.הכל נאמר באוביטר.**תוצאה-** העתירה נדחית. |
| שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים | מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית | חוק הבחירות מבחין בין קציני צבא בדרגות אלוף ומעלה, שלגביהם נדרשת תקופת צינון של שישה חודשים, לבין קציני צבא בדרגות נמוכות יותר, שלגביהם די בתקופת צינון בת מאה ימים.מופז לא נמצא כשיר להיבחר לכנסת כי הוא נמצא בתקופת צינון. לכן הוא עותר. | הלכת הופנונג הופכת לרציו.מצא – קובע כי אין פגיעה וגם אם קיימת, החוק עומד במבחני פסקת ההגבלה. החידוש: החלת פסקת ההגבלה של ח"י כבוה"א על חו"י הכנסת שהוא שותק. |
| שינוי ופגיעה בחוקי יסוד שותקים | המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר | עתירה כנגד תיקון 28 לחוק פקודת בתי הסוהר המסדיר את הפעלתו של בית כלא חדש בניהול פרטי. | לרשות שופטי הרוב עמדו שני בסיסים אפשריים לפסילת ההפרטה של סמכות הכליאה:מסלול מוסדי- שירותי הכליאה הופקדו בידי הרשות המבצעת ואין לה סמכות להפריטם.מסלול זכויות אדם- הפרטת שירותי הכליאה כרוכה בפגיעה בלתי מוצדקת בזכויות אדם.כל שופטי הרוב בחרו לפסול את החוק דרך מסלול זכויות האדם וזנחו את המסלול המוסדי.בייניש (רוב) – קיים "גרעין קשה" של סמכויות שאין על הרשות המבצעת (הממשלה) להפריט. (בניהן גם הסמכות לכליאת אסירים). בנוסף, כליאה ע"י גוף פרטי פוגע בזכויות אדם. משאירה בצ"ע האם להחיל פסקת הגבלה. לוי (מיעוט) – ניתן להחיל את פסקת ההגבלה שיפוטית גם לחוקי יסוד שלא עוסקים בזכויות הפרט (כלומר להחיל את פסקת ההגבלה על אינטרסים ציבוריים). **תוצאה-** העתירה מתקבלת. |
| שימוש לרעה ושינוי חוקתי לא חוקתי | בר-און נ' כנסת ישראל | השאלה היא נגזרת של שאלה רחבה יותר, **האם יש עקרונות חוקתיים שלא ניתן לשנותם (תיקון חוקתי שאינו חוקתי)?** | בייניש – יש מדינות בהן יש הוראות חוקתיות שלא ניתנות לתיקון. גם במדינות שבחוקה שלהן יש פסקאות נצחיות, ביהמ"ש פסל תיקון חוקתי לא חוקתי. דוקטרינת תיקון חוקתי לא חוקתי מצטמצמת בפסיקה הישראלית בהיעדר חוקה רשמית. תיקון חוקתי לא חוקתי יפסל אם:1) התיקון סותר סעיפים משוריינים באופן מוחלט.2) התיקון סותר עקרונות יסוד. **תוצאה-** העתירה נדחית, אך ישנה הכרה בטענת העותרים. לכאורה, לא מדובר בתיקון חוקתי לא חוקתי אלא שימוש לרעה. |
| המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל | לאחר פרשת בר-און שבה הכנסת והשתמשה בהוראת שעה **שלוש פעמים נוספות**, לצורך הכשרתם של שלושה תקציבים דו שנתיים.  | **תיקון חוקתי לא חוקתי** פוסל חוק יסוד מטעמים מהותיים – כאשר התוכן שלו סותר עקרונות יסוד של השיטה החוקתית.**שימוש לרעה** בחקיקת יסוד מבוסס על פגם טכני לכאורה – הכנסת עושה שימוש פסול במעמד של חוק יסוד כדי לעקוף מגבלות חוקתיות, למשל על ידי שילוב בין חוק יסוד להוראת שעה.חלק מהשופטים אינם רואים הבחנה משמעותית בין הדוקטרינות.פוגלמן – קבע כי התיקון עולה כדי שימוש לרעה הן מבחינה תוכנית והן מהותית. הוא פסק "התראת בטלות", כלומר, אם הכנסת תעשה שימוש נוסף במנגנון זה, החוק ייפסל. לדעתו, גם בהיעדר חוקה פורמלית בישראל, ניתן להשתמש בדוקטרינה זו. מוסיף על תיקון חוקתי לא חוקתי כי המקרה לא עומד בדוקטרינה זו מאחר ויש לנהוג בה בצמצום בגלל מאפיינים מיוחדים של משטרנו החוקתי.**תוצאה-** ביהמ"ש פוסל את חו"י משק המדינה על סמך דוקטרינת השימוש לרעה בכותרת חוק יסוד. דברי גידי בפורום הישראלי למשפט ולחירות: הכנסת הפנימה שהמשחק הפך למשחק חוקתי, והיא משתמשת בחוקי יסוד כדי להקנות לחוקים מסוימים הגנה מפני שינוי עתידי. בית המשפט, מצדו, קובע כללי משחק משלו ודורש לעמוד בהם. כך, למשל, הכנסת עשויה לנסות לעגן את פסקת ההתגברות, אך בית המשפט עלול לפסול את עצם הכנסת הפסקה הזו. בכך מתבססת התפיסה של בית המשפט כחוקה חיה, הקובעת את גבולות הסמכות החוקתית. |
| ג'בארין נ' כנסת ישראל | עתירות שבמוקדן ניצבים תיקונים לחוק יסוד: הכנסת וחוק הכנסת, המסמיכים את הכנסת להחליט בתנאים מסוימים על הפסקת חברות של חבר כנסת שיש במעשיו משום הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל. | מדובר בתיקון חוקתי לא חוקתי מכוח עקרונות יסוד מחוץ לחוקה, שבחוקה אין התייחסות אליהם.מזוז – טרם ניתן וראוי לגבש עמדה, לפחות לא עמדה מקיפה וסופית. לגבי תחולתה של הדוקטרינה במשפט הישראלי, וכי יש להמתין לעניין זה עד להשלמת מפעל החוקה בישראל.שורה תחתונה: השימוש בדוקטרינה זאת הוא מרחיק לכת, ואם ניתן להשתמש בה כרגע אז רק במקרים חריגים במיוחד. אין הלכה בנושא או תקדימים.**תוצאה-** העתירה נדחית.  |
| שימוש לרעה ושינוי חוקתי לא חוקתי | שפיר נ' כנסת ישראל | ס' 3ב(א) לחו"י: משק המדינה קובע כי אם חוק התקציב לא מתקבל, הממשלה רשאית להוציא מדי חודש 1/12 מהתקציב הקודם בתוספת הצמדה. ב-24.08.2020 התקבלה הוראת שעה, שס' 2 בה מתקן את ס' 3ב וקובע תוספת של 11 מיליארד ₪ לתקציב ההמשכי, בכפוף לאישור ועדת הכספים. | הנשיאה חיות – הציעה מבחן דו-שלבי לבחינת שימוש לרעה בחקיקת יסוד:1. **שלב הזיהוי** – האם חוק היסוד או תיקונו נושאים מאפיינים של נורמות חוקתיות? הבחינה נעשית לפי שלושה קריטריונים: **יציבות** – שלילת חקיקת יסוד ארעית (הוראת שעה).**כלליות** – הסדר חוקתי חייב להיות כללי ולא פרסונלי או קונקרטי.**התאמה למארג החוקתי** – נדרש שהתוכן ישתלב באופן הגיוני עם חוקי היסוד הקיימים.**2**. **שלב הצידוק** – האם יש הצדקה לעיגון הנורמה בחוק יסוד, למרות הקשיים שזוהו? כאן נבחנים: -קיום נסיבות חריגות המצדיקות את השימוש בסמכות המכוננת.-מידת הפגיעה בעקרונות משטריים וזכויות יסוד.לטענתה סעיף 2 להוראת השעה אינו נושא מאפיינים חוקתיים – הוא זמני, פרסונלי, ומיועד לפתור בעיות של ממשלה וכנסת מסוימות. בנוסף, הוא סותר את המארג החוקתי. בשלב הצידוק נקבע כי הפגיעה באיזונים שבחוק יסוד: משק המדינה אינה מוצדקת.ברק-ארז – הסתייגה מהקריטריון השלישי של חיות (התאמה למארג החוקתי), בטענה שהוא מעניק עדיפות לחוקי יסוד קיימים על פני חדשים, בעוד שהפרויקט החוקתי של ישראל עוד מתגבש. תחתיו, הציעה אמת מידה של **"מובחנות"**, לפיה הכנסת אינה מוסמכת להשתמש בסמכות המכוננת כדי לפלוש לסמכויות של הרשות המחוקקת, המבצעת או השופטת. במקרה הנדון, הכנסת קבעה תכנים תקציביים קונקרטיים בחוק יסוד, מה שהופך את התיקון למקרה קיצון של שימוש לרעה.בנוסף, ברק-ארז חלקה על חיות בכך שלשיטתה **אין צורך בשלב הצידוק** – בחינה חד-שלבית מגבירה ודאות ומצמצמת שיקול דעת שיפוטי. חידוש נוסף שלה הוא הקביעה כי הוראת שעה אינה יכולה להיות חוק יסוד, משום שהיא סותרת את מבחן היציבות, בניגוד להלכות קודמות (עניין בר-און והמרכז האקדמי).סולברג (מיעוט) – טעןכי מדובר בעתירה תיאורטית, שכן הכנסת והממשלה כבר התפזרו, והתיקון לחוק היסוד מונע חזרה על המקרה. לשיטתו, המבחנים אינם מבחני צורה אלא תוכן, אך ברגע שבית המשפט עורך בחינה מהותית, הוא חורג מגבולותיו ומתערב בשיקול הדעת של הרשות המכוננת – התערבות שאינה מוצדקת.**סיכום:**בית המשפט לא הסתפק בהתרעת בטלות אלא **פסל** את תיקון חוק היסוד. הסיבה לכך היא שחוק תקציב הוא בעל אופי מנהלי, וכאשר הכנסת משלבת בו רכיב חוקתי, היא פועלת מחוץ לסמכות המכוננת שלה. חיות וברק-ארז הגיעו לאותה מסקנה אך הציעו מבחנים שונים: חיות עם מבחן דו-שלבי, וברק-ארז עם מבחן חד-שלבי לשם ודאות משפטית. שתיהן הסכימו על מבחני היציבות והכלליות, אך ברק-ארז דחתה את מבחן ההתאמה למארג החוקתי והציעה במקומו את מבחן המובחנות.פסק הדין מדגים הפעלה מובהקת של **דוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד**, תוך פסילת תיקון לחוק יסוד. |
|  | התנועה למען איכות השלטון נ' כנסת ישראל (03.01.2024) | העתירות הוגשו נגד תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, ששינה את ההסדר לגבי נבצרות ראש הממשלה, כך שניתן יהיה להכריז עליו כנבצר רק בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית. נטען כי החוק נחקק מטעמים פרסונליים, במטרה למנוע אפשרות להכריז על נבצרותו של ראש הממשלה המכהן. | פוגלמן (רוב) - התיקון נחקק לתכלית פרסונלית כדי להגן על ראש הממשלה המכהן, ולכן מדובר בשימוש לרעה בסמכות המכוננת. חוק יסוד חייב להיות כללי ולא אישי, ולכן יש לדחות את תחולתו לכנסת הבאה.סולברג (דעת מיעוט) - בית המשפט אינו מוסמך להתערב בחוקי יסוד. גם אם יש מניע פוליטי, התיקון קובע הסדר כללי לנבצרות ואינו פרסונלי. לכן, אין מקום להתערבות שיפוטית.השופטת ברק-ארז - התיקון אמנם לא נוקב בשם ספציפי, אך ברור שנועד לראש הממשלה המכהן, ולכן הוא חקיקה פרסונלית פסולה. כדי לצמצם פגיעה יש לדחות את תחולתו לכנסת הבאה.**התוצאה** - בג"ץ קיבל את העתירה ברוב של 6 נגד 5 וקבע כי החוק לא יחול על הכנסת הנוכחית, אלא רק מהכנסת הבאה. |
|  | התנועה לאיכות השלטון נ' כנסת ישראל (01.01.2024) | העתירות הוגשו נגד תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, המכונה "החוק לביטול עילת הסבירות". התיקון קובע כי בתי המשפט לא יוכלו עוד לדון בסבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים. העותרים טענו שהתיקון פוגע פגיעה חמורה בעיקרון הפרדת הרשויות ובשלטון החוק, ושיש לבטלו | חיות - בג"ץ מוסמך לבקר חוקי יסוד במקרים חריגים של פגיעה בדמוקרטיה. התיקון פוגע קשות בהפרדת הרשויות ובשלטון החוק, ומאפשר לממשלה לפעול ללא בקרה. מסקנה: יש לבטל את התיקון.שטיין - בג"ץ אינו מוסמך לפסול חוקי יסוד. התיקון מצמצם אך לא שולל את הביקורת השיפוטית, שכן נותרו עילות אחרות. מסקנה: יש לדחות את העתירות.ברק-ארז - הכנסת חרגה מסמכותה כשפגעה בעקרונות הדמוקרטיים. ביטול עילת הסבירות פוגע בהפרדת הרשויות ודורש התערבות. מסקנה: יש לבטל את התיקון.סולברג (מיעוט) - הכנסת לא חרגה מסמכותה, וביטול עילת הסבירות אינו שולל ביקורת שיפוטית לחלוטין. מסקנה: יש לדחות את העתירות.**תוצאה** - ברוב של 8 מול 7, בג"ץ פסל את התיקון בשל הפגיעה הקשה בעקרונות הדמוקרטיים. |

**1.3 פרשנות חקיקה**

**"עוד על פירוש חוקי הכנסת"/אורי ידין**

שופטי בית המשפט העליון מפרשים במקרים לא מעטים את חוקי הכנסת כאילו הם ניתנו על רקע של מגילת זכויות האזרח שבחוקת המדינה.

המגבלות:
מקום שהכנסת הביעה ברורות את כוונתה "הפוגעת", אין מנוס מלהסיק מהחוק את המסקנה המלאה, אפילו תביא מסקנה זו לשלילה "בלתי רצויה" של זכויות הפרט...יתר על כך, אם ברורים דברי המחוקק עד כדי כך שלדעת בית המשפט הם אינם ניתנים

לסיכום:
ידין מונה שני תנאים שבהם מותנה השימוש בחזקה הפרשנית:
-חוסר בהירות לגבי כוונת המחוקק. (איך יודעים מה כוונת המחוקק? פרוטוקולים של הכנסת, דברי הסבר בהצעת החוק.)
-קיומה של אפשרות לשונית לפרש את החוק בדרכים שונות.
רק אם מתמלאים שני התנאים בית המשפט יעשה שימוש בכלי הפרשנות.

מהו היחס בין הפרשנות התכליתית לבין החזקה הפרשנית?
במבט ראשון נדמה שהפרשנות התכליתית מציעה ניסוח מחודש של החזקה הפרשנית: כמו החזקה הפרשנית, גם הפרשנות התכליתית מייחסת חשיבות לעקונות היסוד של השיטה ובכללם המחויבות לזכויות האדם.
מהי הדרישה להתאמה? זה בעצם הפרשנות התכליתית שהיא אומרת שמשתדלים כמה שאפשר לפרש את הטקסט באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד הזכויות. נראה אותו הדבר. אולם, במבט נוסף, מתברר שיש בפרשנות התכליתית תוספת משמעותית על פני החזקה הפרשנית.

כפי שהסביר ידין, השימוש בחזקה הפרשנית נתחם בשתי מגבלות משמעותיות- כוונת המחוקק ולשון החוק- ולפיכך שימוש בחזקה הפרשנית כעילה לאימוץ פירוש העולה בקנה אחד עם המחויבות לזכויות האדם היה לגיטימי רק אם לא ניתן היה להצביע על כוונה ברור מצד המחוקק לסטות ממחויבות זו ורק אם לשון החוק אפשרה אימוץ פרשנות זו. לעומת זאת, שיטת הפרשנות התכליתית, המאמצת גם היא את המחויבות להגנה על זכויות, אינה מוגבלת במגבלה הראשונה.

ברק הסביר כי לכל דבר חקיקה יש שני סוגי תכליות, תכלית סובייקטיבית ותכלית אובייקטיבית. התכלית הסובייקטיבית מבוססת על כוונת המחוקק שאותה ניתן ללמוד משני מקורות עיקריים, לשון הטקסט וההיסטוריה החקיקתית לעומת זאת, התכלית האובייקטיבית- הכוללת בין היתר את המחויבות להגנה על זכויות אדם- אינה כפופה לכוונת המחוקק והיא מהווה חלק מתכלית החוק
1. החזקה הפרשנית לא עומדת בסתירה לדברים ברורים שהמחוקק רצה משהו אחר.
2. שהטקסט מאפשר לנו את הקריאה הזאת. אי אפשר לקחת את הטקסט ולזרוק אותו.
לטענת ברק הדרישה הראשונה כבר לא מהווה תנאי, באיזה מובן? יכול להיות תכלית סובייקטיבית ברורה (כוונת המחוקק) אך עדיין יש תכלית אובייקטיבית שלה אנחנו ניתן עדיפות תוך דחייה של תכלית (שהוא מכנה אותה סובייקטיבית) של כוונת המחוקק.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| שטרייט נ' הרב הראשי לישראל | נישואין אזרחיים ברומניה, הבעל מבקש להתגרש והאישה מסרבת. החוק אוסר על ריבוי נישואין, אך מעניק בסעיף 5 פטור מעבירת הביגמיה למי שקיבל היתר נישואין לפי פסק דין סופי של בית דין רבני ופסק הדין אושר על ידי שני הרבנים הראשיים. בית הדין הרבני נתן היתר (בכפוף לאישור הרבנים הראשיים)- האישה עותרת לבג"צ. | פרשנות חוקים ברוח ההגנה על זכויות האדם- ביהמ"ש משתמש בכלים פרשניים כדי להגן על זכויות אדם. חקיקה תמיד תפורש, עד כמה שניתן, באופן שעולה בקנה אחד עם כיבוד זכויות האדם.ככל שהזכויות במעמד גבוה יותר (מעוגנות בחוקה), כך הדרישה הפרשנית תהא גדולה יותר. |
| אגף המכס ומע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ | האם עסקה שבה נכשלה התמורה נחשבת לעסקה ש"לא יצאה לפועל" לפי סעיף 49 לחוק מע"מ? | תכליתו הסובייקטיבית של החוק היא למנוע החזרי מע"מ בגין "חובות רעים". עם זאת, לשון החוק אינה מבטאת זאת במפורש ובאופן חד-משמעי. הביטוי "עסקה או מקצתה לא יצאה לפועל" ניתן לפירוש גם ככולל מקרים של כישלון תמורה שהפך ל"חוב אבוד". בשל כך, בית המשפט קובע כי התכלית האובייקטיבית של החוק – המאפשרת החזר מע"מ בגין חובות אבודים – גוברת על התכלית הסובייקטיבית.שטרסברג-כהן – לחוק יש שתי תכליות: סובייקטיבית ואובייקטיבית. התכלית הסובייקטיבית משקפת את כוונת המחוקק, בעוד שהתכלית האובייקטיבית מגלמת את מטרות החוק בחברה דמוקרטית. כאשר אין חפיפה ביניהן, בית המשפט מאזן ביניהן עד לגיבוש התכלית הסופית של החקיקה.**תוצאה-** עוסק ששילם מע"מ בגין עסקה שתמורתה לא שולמה לו עקב כישלון תמורה, יהיה זכאי להחזר המע"מ ששילם. |
| גיני נ' הרבנות הראשית לישראל | העתירה עסקה במדיניות אכיפת חוק איסור הונאה בכשרות ע"י הרבנות הראשית. הרבנים הראשיים ביקשו להציג עמדה משלהם, אך היועמ"ש סירב והתעקש להציג בשמם עמדה מנוגדת. הדיון כלל בעיית פרשנות בתקנות הכשרות – מקרה של מקום כשר שנפסל בשל סעיף חסר. | סולברג – הבחין בין תכלית אובייקטיבית (המשמעות הפיזית של החוק) לתכלית סובייקטיבית (ההקשר והכוונה של המחוקק). לדבריו, תכלית סובייקטיבית אמינה וברורה עדיפה על האובייקטיבית. הוא מתח ביקורת על העדפת "רצון השיטה" על "רצון המחוקק", וטען כי זוהי לא פרשנות אלא ביקורת חוקתית סמויה.לשיטתו, בעבר, בהיעדר כלים אחרים, היה צורך בפרשנות תכליתית, אך כיום, כשבית המשפט יכול לפסול חוקים ישירות, אין הצדקה להמשיך בגישה זו ובמקום לעקוף את כוונת המחוקק דרך פרשנות, על בית המשפט לפסול חוקים במפורש אם הם בלתי-חוקתיים. מתנגד לגישה המפרשת חוקים כך שיתאימו לתוצאה רצויה, גם אם הדבר אינו עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק. |
| התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת | העתירה עסקה בתיקון לחוק הרשויות המקומיות, שנועד לאפשר לממונה על הוועדה הממונה בטבריה להתמודד בבחירות הקרובות. העותרות טענו כי התיקון פרסונלי ואינו ראוי, וביקשו לבטלו או לדחות את תחולתו לאחר הבחירות. | שטיין – שולל את גישת 'התכלית האובייקטיבית', שכן לגישתו, פרשנות זו אינה נועדה לחשוף את כוונתו האותנטית של המחוקק, אלא מאפשרת לשופט לכפות את תפיסותיו הערכיות על החוק. בכך, היא מרחיקה את הפרשנות המשפטית מתפקידה הראוי והופכת אותה לכלי לביקורת שיפוטית במקום לבירור משמעותו האמיתית של החוק. |

**2. מבנה המשטר ועקרון הפרדת הרשויות**

חוק יסוד הכנסת, סעיפים 4-11

**רובינשטיין ומדינה פרק 8א-ד**

א. עקרונות היסוד של דיני הבחירות לכנסת

1. חופש הבחירות – כל אדם רשאי להצביע לפי מצפונו, ללא איומים.
2. שוויון הזדמנויות – מימון ציבורי והגבלת הוצאות מסע הבחירות.
3. שיקוף רצון הציבור – מניעת זיופים.
4. וודאות בתוצאות הבחירות.
5. שמירה על טוהר הבחירות ואמון הציבור.
6. שימור ערכי יסוד של המשטר.

ב. קביעת מועד הבחירות לכנסת

הבחירות מתקיימות כל 4 שנים לפי הלוח העברי. הכנסת רשאית להאריך כהונתה רק בנסיבות חריגות וברוב של 80 ח"כים. פיזור הכנסת לפני הזמן אפשרי במקרה של כישלון בהרכבת ממשלה, אי-אמון, אי-אישור תקציב או החלטת ראש הממשלה. הבחירות יתקיימו עד 90 יום מהודעת נשיא המדינה.

ג. ניהול הבחירות

4 גופים אחראיים:

1. ועדות הקלפי – הצבעה וספירת קולות.
2. וועדות אזוריות – ממונות על ידי ועדת הבחירות המרכזית.
3. ועדת הבחירות המרכזית – ניהול הבחירות, קביעת תוצאות, אישור או פסילת רשימות.
4. יו"ר ועדת הבחירות – שופט עליון.

בעיות:

* ועדה פוליטית עם סמכויות מעין-שיפוטיות – ניגוד לעקרון הפרדת רשויות.
* השפעת הסיעות על חברי הוועדה.
* חלק מהסמכויות הועברו ליו"ר הוועדה וביהמ"ש העליון מפקח.

ד. הזכות והחופש להיבחר

הגבלות: אזרחות, גיל מינימלי, רישום בפנקס הבוחרים. הצבעה אפשרית רק בקלפי הרשומה ולכן ישראלים בחו"ל לא מצביעים, למעט הסדרים מיוחדים (חיילים, אסירים וכו').

ההצבעה חייבת להיות חשאית, אך עקרון הכלליות קודם לה. שוחד בחירות ואיומים אסורים. הבטחות בחירות אינן מחייבות משפטית אלא הצהרות כוונות בלבד.

**מוסדות הכנסת והליכי חקיקה**

א. מוסדות הכנסת ומועדי עבודתה

1. מליאת הכנסת – מקבלת החלטות ברוב קולות המשתתפים, לרוב בהצבעה גלויה. יו"ר הישיבה רשאי לערוך הצבעה חוזרת.
2. יו"ר הכנסת וסגניו – נבחרים לכל תקופת כהונת הכנסת, ליו"ר סמכויות ניהול, סדר יום והכרעה בנושאים שונים.
3. ועדות הכנסת – מטפלות בהליכי חקיקה ובפיקוח על הממשלה, מורכבות לפי גודל הסיעות.
4. ראש האופוזיציה – יו"ר המפלגה הגדולה באופוזיציה, מקבל עדכונים שוטפים מראש הממשלה.
5. היועמ"ש לכנסת – מייעץ משפטית, חוות דעתו אינה מחייבת אך משפיעה על החלטות הכנסת.
6. נציב הדורות הבאים – מספק נתונים וייעוץ בנושאים הרלוונטיים לדורות הבאים.

ב. הליכי החקיקה

1. עקרונות יסוד – תהליך החקיקה מובנה כדי לאפשר דיון ציבורי וביקורת. ישנם ארבעה עקרונות יסוד: הכרעת הרוב, שוויון פורמלי, פומביות והשתתפות.
2. הזכות להציע חוקים – נתונה לממשלה, ועדות הכנסת וחברי כנסת. חוקים פרטיים מחויבים בתמיכת 50 ח"כים בשלוש קריאות אם הממשלה אינה תומכת.
3. חקיקה פרטית – דורשת אישור נשיאות הכנסת ודיון מוקדם. חוקים עם עלות תקציבית גבוהה דורשים תמיכה רחבה יותר.
4. שלוש קריאות –
	* קריאה ראשונה – דיון כללי, אפשרות להעברה לוועדה.
	* קריאה שנייה – הצבעה על כל סעיף, אפשרות להחזרת החוק לוועדה.
	* קריאה שלישית – הצבעה סופית, החוק עובר לפרסום.

ג. חתימה, פרסום ותיקון טעויות

1. חתימה על החוק – הנשיא חותם, אך החתימה אינה תנאי לתוקפו.
2. פרסום ברשומות – חובה לפרסום תוך 10 ימים, הכרחי לתוקף החוק.
3. תיקון טעויות סופר – הכנסת ושר המשפטים מוסמכים לתקן טעויות טכניות בנוסח החוק.

**היקף ההתערבות השיפוטית בפעילות הכנסת**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| בצול נ' שר הפנים | חוק איסור גידול חזיר החריג יישובים מסוימים, אך תחומם נקבע באמצעות מפות שאושרו רק שנה לאחר חקיקת החוק.**טענת העותרים:** בשל העיכוב באישור המפות, ההחרגה אינה תקפה, ולכן האיסור צריך לחול גם על היישובים שהוחרגו. | בבית המשפט 2 גישות:הגישה האנגלית- גישה מרוסנת המונעת התערבות שיפוטית ומבטיחה הפרדת רשויות.הגישה האמריקאית- מאפשרת לביהמ"ש לבחון את אמיתות העובדות עליהן מסתמך המחוקק.**הגישה המקובלת הייתה שביהמ"ש לא מתערב בהחלטות הכנסת.**זילברג – יש לראות את המפות כאילו הונחו בזמן. לא להרהר אחר פעילות הכנסת. ברנזון – ניתן רק לפרש חוקים ולא להעמידם בסימן שאלה, החוק התקבל כדין ולכן תקף.**תוצאה וחשיבות-** העתירה נדחית. פסק הדין מחזק את עקרון ריבונות הכנסת וקובע שביהמ"ש לא יתערב בטענות על טעויות עובדתיות בחוק. |
| שריד נ' יו"ר הכנסת | ח"כ שריד טוען שיו"ר הכנסת דחה את מועד הדיון להצעת אי אמון בממשלה ולא קבע אותה לפי תקנון הכנסת. הוא דחה כיוון שחיכה שח"כים יחזרו לארץ כדי שיוכלו להשתתף בהצבעה מאחר וחשש שהקואליציה תפסיד. יו"ר הכנסת טען שהוא פעל מתוך סמכויותיו בתקנון הכנסת, ודחה את הישיבה עקב אזכרתו של דוד בן גוריון. | ברק – קובע 2 מבחנים:1. מידת הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים:האם ההפרה פוגעת בתפקוד השוטף של הכנסת? אם הפגיעה קטנה ואינה עיוות מהותי, ביהמ"ש לא יתערב.2. מידת השפעת הפגיעה ביסודות משטרנו החוקתי:אם הפגם פוגע בזכויות הפרט, שלטון החוק או בהפרדת הרשויות, יש מקום לבחינה שיפוטית.**חשיבות-**-הרחבת הלכת פלאטו שרון- ביקורת גם על הליכים פנימיים הנוגעים לסדרי עבודת הכנסת. -הרחבת היקף הביקורת השיפוטית ביחס להליכים פנימיים. לא רק חריגה מסמכות.-קביעת אמת מידה להתערבות בהליכים פנימיים: מבחני ברק.**תוצאה-** פס"ד זה הוא אוביטר, העתירה נדחתה. |
| פנחסי נ' יו"ר הכנסת | היועמ"ש ביקש להסיר את חסינותו של ח"כ פנחסי בשל עבירות פליליות. ועדת הכנסת הציעה את הסרתה והכנסת אישרה. פנחסי טוען כי יש לו חסינות "מהותית" ולכן הכנסת לא מוסמכת ליטול אותה, וכי ההחלטות היו פגומות ולקו בחסר חומר דיוני. | ברק – אמת המידה לביקורת על הליכים מעין שיפוטיים- (הריסון העצמי שנוקט ביהמ"ש), מוגבל להליכים פנים פרלמנטריים. בישראל לא חל ריסון עצמי זה לעניין החלטות כעין שיפוטיות של הכנסת והארגונים שלה.**חשיבות ותוצאה-** העתירה נדחית. חשיבות: אבחנה נחרצת בין ענייני ניהול פנימיים והליכים מעין שיפוטיים, בעיקר כשמדובר בהסרת חסינות. |
| מח'ול נ' כנסת ישראל | הוגשה קובלנה נגד העותר לוועדת אתיקה של הכנסת בשל התבטאויותיו בנאום במליאה. הוועדה קבעה כי העותר הפר את כללי האתיקה והטילה עליו סנקציה של שלילת זכות הדיבור בוועידות וישיבות למשך 10 ימים. העותר הגיש ערעור שנדחה, ואז הגיש ערעור נוסף. | החלטות וועדת האתיקה נתונות לביקורת שיפוטית, אך ברק מצמצם את מידת ההתערבות. הוא קובע כי ההתערבות בעניינים של אתיקה צריכה להיות מרוסנת יותר מאשר בהחלטות אחרות של הכנסת.ברק – חסינות לא מגנה מפני סנקציות של וועדת האתיקה. לא תהיה התערבות שיפוטית בהחלטות ועדת האתיקה למרות שזה מעין שיפוטי. חריג להלכת פנחסי. |
| התנועה לאיכות השלטון נ' יו"ר הכנסת (2020) (אדלשטיין/חיות)  | שלושה ימים לפני השבעת הכנסת ה-23, 61 חברי כנסת (כחול לבן, הרשימה המשותפת, ישראל ביתנו והעבודה-מרצ) ביקשו מיו"ר הכנסת בפועל, יולי אדלשטיין, לקיים דיון לבחירת יו"ר כנסת חדש. יום לפני ההשבעה הודיע אדלשטיין כי לא יקבע הצבעה בנושא, בטענה משפטית כי לפי תקנון הכנסת (סעיף 2(ב)), היו"ר ייבחר עד מועד כינון הממשלה, אשר טרם נקבע. בנוסף, נימק זאת בנימוק פוליטי כי מהלך כזה ימנע ממשלת אחדות.ב-23 במרץ 2020 ביקש בג"ץ את עמדת אדלשטיין לגבי העלאת הנושא לדיון עד 25 במרץ. אדלשטיין דחה את הבקשה, בטענה שבית המשפט אינו מוסמך לקבוע את סדר היום של הכנסת. היועץ המשפטי לכנסת, איל ינון, קבע כי אמנם ליו"ר הכנסת יש שיקול דעת בנושא, אך הוא מכהן כממלא מקום זמני בלבד, ולכן עיכוב ההצבעה אינו מוצדק. למרות זאת, ינון המליץ לבית המשפט שלא לכפות על אדלשטיין מועד להצבעה. | **פסק הדין (נשיאת העליון חיות):**1. סמכות קביעת סדר היום נתונה ליו"ר הכנסת (סעיף 25(ב) לתקנון הכנסת).2. סוגיות פנים-פרלמנטריות אינן נתונות להתערבות בג"ץ, למעט במקרים חריגים של פגיעה בעקרונות הדמוקרטיים.3. סירובו של אדלשטיין להעלות את נושא בחירת היו"ר להצבעה נחשב לפגיעה כזו.4. חוק יסוד הכנסת (סעיף 20(א)) קובע כי הכנסת תבחר יו"ר מבין חבריה.5. סעיף 2(ב) לתקנון הכנסת מחייב את בחירת היו"ר עד לכינון הממשלה.6. החלטתו של אדלשטיין חורגת ממתחם שיקול הדעת שלו.6. עליו לכנס את המליאה לבחירת יו"ר עד 25 במרץ 2020.**התפתחויות נוספות:**ב-25 במרץ הודיע אדלשטיין על התפטרותו, נעל את ישיבת המליאה ומנע דיון במינוי יו"ר חדש. בשל תקופת ההתפטרות (48 שעות), נוצר מצב תקדימי שבו לא היה יו"ר או ממלא מקום שיכול לנהל את הישיבה. בעקבות כך, עתרה עמותת "חוזה חדש" לבג"ץ בדרישה לאכוף את קיום פסק הדין.**פסק הדין השני (25 במרץ בערב):**בג"ץ קבע כי עמיר פרץ, כחבר הכנסת הוותיק ביותר, יפנה לוועדה המסדרת לכינוס המליאה ביום שלמחרת – חרף העובדה שאין זה יום כינוס רשמי – ויקבע את סדר היום להצבעה על יו"ר חדש.**הבסיס המשפטי לפסיקה השנייה:**למעשה, לא היה לחיות בסיס משפטי ברור מעבר להנחיית הנשיאה חיות, מה שממחיש את כוחו של תקנון הכנסת ואת יכולתו להוביל להשלכות מרחיקות לכת. |

**תקנון הכנסת ומעמדו**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| כהנא נ' יו"ר הכנסת 742/84 (הראשון) | יו"ר הכנסת וסגניו סירבו להניח על שולחן הכנסת הצעת חוק של ח"כ כהנא. סעיף 134 לתקנון הכנסת קובע שכל חבר כנסת רשאי להציע הצעת חוק, ונשיאות הכנסת נדרשת לאשרה לפני הנחתה. המשיבים טענו כי יש להם שיקול דעת רחב לאשר או לדחות הצעות חוק מכל טעם שיבחרו. | ביהמ"ש קבע כי שיקול דעת הנשיאות מוגבל ואינו כולל בחינה מהותית של תוכן ההצעה, אלא רק בדיקה צורנית—האם מנוסחת כראוי וללא גידופים. הכנסת רשאית לשנות את תקנונה ולהגביל או להרחיב את כוחו של ח"כ להציע חוקים, אך כל עוד לא נעשה כן, על הנשיאות להניח כל הצעת חוק העומדת בדרישות הצורניות.ברק הדגיש כי סמכות יו"ר הכנסת היא סמכות שלטונית מוגבלת, הכפופה לכללי הגינות, תום לב, סבירות ואיסור הפליה. מטרת בחינת ההצעות היא להבטיח שהן תואמות את מסגרת החקיקה, אך אינה כוללת סמכות לדחותן בשל תוכנן הפוליטי או החברתי.**תוצאה-** ביהמ"ש קיבל את העתירה, קבע כי החלטת הנשיאות פוגעת פגיעה יסודית בחיים הפרלמנטריים ובמבנה המשטר החוקתי, ולכן ביטל את הפסילה. |
| כהנא נ' יו"ר הכנסת 669/85 (השני) | בעקבות פס"ד כהנא הראשון, הכנסת תיקנה את סעיף 134 לתקנון והוסיפה סעיף קטן (ג), הקובע כי יו"ר הכנסת וסגניו לא יאשרו הצעות חוק גזעניות או כאלה השוללות את מדינת ישראל כמדינת העם היהודי. כהנא עתר בטענה כי יש להסדיר זאת בחקיקה ראשית ולא בתקנון הכנסת. | לתקנון הכנסת 3 מאפיינים בולטים:1. יש להתחשב באופן בו מתקבל התקנון ובפורום אשר קיבל אותו – דומה במהותו לאופן קבלת חוק.2. בסוגיות שעניינן הסדרים פנים-פרלמנטריים, וכאלה הן הוראות התקנון בדבר סדרי עבודת הכנסת, נטייתו של בית-משפט זה היא שלא להתערב בהחלטות של רשויות הכנסת אלא בנסיבות חריגות.3. מעמדו הנורמטיבי של תקנון הכנסת בהירארכיה של המקורות המשפטיים אינו כשל דבר חקיקה ראשי, באשר אין הוא בגדר חוק, כעולה אף מסעיף 19 הנ"ל. כיוון שכך, לא חלה לגבי תקנון הכנסת הקביעה, כי חוקי הכנסת אינם נתונים לביקורת שיפוטית באשר תוכנם.שמגר – קבע כי אין מקום להתערבות, מאחר שהתקנון עצמו יוצר את הזכות להגיש חוקים ולכן רשאי להגדיר מגבלות. רק במקרה חריג, שבו הוראה בתקנון הכנסת פוגעת באופן מהותי בעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי, תיתכן ביקורת שיפוטית. מאחר שהתקנון אינו שולל באופן גורף את זכות ההצעה אלא מסנן הצעות מסוימות, לא מדובר בפגיעה חמורה המצדיקה התערבות שיפוטית.**תוצאה-** העתירה נדחתה. ביהמ"ש קבע כי התקנון, המתקבל בהליך פרלמנטרי דמוקרטי, מסדיר את זכותם של ח"כים להגיש הצעות חוק ולכן רשאי לקבוע גם סייגים לכך. |
| נמרודי | העתירה עסקה בהליכי חקיקת חוק ניירות ערך. העותרות, חברות בעלי מניות, טענו כי נפגעו ישירות מהחוק מאחר שוועדת הכספים לא הזמינה אותן לדיון, בניגוד לסעיף 106 לתקנון הכנסת, הקובע כי הוועדה רשאית להזמין בעלי עניין. לטענתן, במקרה זה הרשות הפכה לחובה, והיעדר הזמנתן היווה פגם שמצדיק את ביטול החוק. | **פסק הדין:**ביהמ"ש דחה את העתירה וקבע כי הכנסת אינה מחויבת לשמוע כל גורם המעוניין בהליכי החקיקה. עם זאת, השופט ברק הדגיש כי פגם בהליכי הוועדה עשוי להביא לפסילת החוק, ובכך הכיר באפשרות לפסול חיקוק בשל אי-עמידה בתקנון הכנסת.**מתי תתקיים הביקורת השיפוטית?**בדרך כלל, ביקורת שיפוטית נעשית לאחר שהחוק נכנס לתוקף, כלומר לאחר שלוש קריאות ופרסום ברשומות. אולם בפס"ד זה נקבע כי במקרים חריגים של פגם חמור בהליך החקיקה, ניתן לבצע ביקורת א-פריורית, עוד לפני שהחוק מקבל מעמד רשמי, כדי למנוע הטעיית הציבור.**משמעות-** החידוש המרכזי בנמרודי הוא שניתן לפסול חוק לא רק בשל תוכנו, אלא גם בשל פגם בהליך חקיקתו. בכך, תקנון הכנסת מקבל מעמד מחייב, העשוי לגבור על החוק עצמו. |

**חלוקת העבודה בין הכנסת והממשלה**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| רובינשטיין נ' שר הביטחון | החלטת שר הביטחון להעניק דחיית שירות לבחורי ישיבות שתורתם אומנותם. ביהמ"ש, לאחר שנים של הימנעות, הכריע כי ההסדר הקיים אינו חוקי, מאחר שאין לשר סמכות לכך. | **בסיס ההכרעה:**ביהמ"ש השתית את החלטתו על חוסר סמכות ולא על חוסר סבירות. כלומר, הבעיה המרכזית הייתה שההחלטה של שר הביטחון מהווה הסדר ראשוני, שעל פי עקרונות המשפט הציבורי בישראל, חייב להיקבע בחקיקה ראשית ולא בהחלטת רשות מבצעת.**עמדת ברק**-ההחלטה פוגעת בעיקרון השוויון, שהוא עיקרון מהותי, ולכן מחייבת עיגון מפורש בחוק.-מדובר בחריגה מכלל ההסדרים הראשוניים - נורמות שיש להסדיר בחקיקה ראשית בלבד.-כאשר אין הסמכה מפורשת, יש לפרש את ההסדר השני (חקיקת משנה) בצמצום.-המהפכה החוקתית חיזקה את הדרישה להסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית, במיוחד בנוגע לזכויות אדם.**עמדת חשין**-גם אם היה חוק שמעניק לשר הביטחון סמכות לפטור בני ישיבה משירות, ייתכן שהיה מקום לפוסלו בשל פגיעתו הקשה בשוויון.-הכנסת אינה רשאית לפגוע בשוויון באופן שרירותי, ואף חקיקת יסוד עשויה שלא להספיק.-מרמז כי ייתכן שגם חוקה אינה יכולה לאפשר פגיעה כזו, ולכנסת יש גבולות שאינה רשאית לעבור.**כלל ההסדרים הראשוניים:**ביהמ"ש קבע שהסדרים ראשוניים, המעצבים מדיניות ועקרונות יסוד, צריכים להיקבע בחקיקה ראשית ולא בידי הרשות המבצעת. קיימות שלוש גישות לפרשנותו:1. **חזקה חלוטה** – אין לסטות מן הכלל, גם אם הכנסת מסמיכה מפורשות את מחוקק המשנה.2. **חזקה ניתנת לסתירה** – ניתן לקבוע הסדר ראשוני בחקיקת משנה אם הכנסת מסמיכה זאת מפורשות.3. **עמדת ביניים (ברק)** – הסדרים ראשוניים הנוגעים לזכויות אדם חייבים להיות בחקיקה ראשית, אך הסדרים אחרים יכולים להיקבע בחקיקת משנה אם יש הסמכה ברורה.**תוצאה-** ביהמ"ש פסל את ההסדר על בסיס היעדר סמכות, תוך שהוא מדגיש את העיקרון החוקתי שכלל ההסדרים הראשוניים נקבעים בחקיקה ראשית. המהפכה החוקתית חיזקה את עקרון זה, תוך צמצום אפשרות האצלת סמכויות להסדרת נושאים מהותיים.עמדת חשין קיצונית אף יותר משל ברק, שכן הוא אף רומז כי ייתכן שאפילו חוקה לא יכולה לאפשר פטור גורף שכזה.למבחן: רובינשטיין נ' שר הביטחון- אם יש הסמכה, נשאל גם כיצד צריך לפרש את ההסמכה? האם מה שעושה השר הוא לקבוע הסדר ראשוני? ואם כן, האם השר מוסמך לקבוע הסדר ראשוני? הנטייה שלנו תהיה לפרש את ההסמכה בצמצום! |
| המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל | העתירה עסקה בהחלטת הממשלה לאמץ את עיקרי המלצות הוועדה לבחינת מדיניות הממשלה בנושא הגז הטבעי בישראל, ובפרט בסוגיית ייצוא הגז. השאלה הייתה האם ההחלטה התקבלה בסמכות או שמא מדובר בהסדר ראשוני שצריך היה להיות מוסדר בחקיקה ראשית בלבד.**השאלה היא-** האם יש לכלל ההסדרים הראשוניים מעמד חוקתי? האם הכנסת רשאית להאציל את הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים לממשלה? | גרוניס – ביהמ"ש לא הכריע באופן חד משמעי האם כלל ההסדרים הראשוניים הוא כלל חוקתי, אך ציין כי ישנם "גרעין קשה" של סוגיות שיכולות להיחשב להסדרים ראשוניים, אשר על הכנסת להסדירן בחקיקה ראשית ולא להאציל את הסמכות לקביעתן לממשלה. גרוניס הביא את עמדתו של ברק, הסבור כי כלל ההסדרים הראשוניים מאפשר לממשלה לבצע הסדרים משניים בלבד, במיוחד כאשר מדובר בנושאים שיכולים לפגוע בזכויות יסוד.עמדת ברק שגרוניס הביא (לא צריך לזכור כמו גרוניס): ברק טוען שההסדרים הראשוניים הם עניינים חוקתיים וצריכים להיות מוסדרים בחקיקה ראשית. הוא מראה את החשש שהסדרים ראשוניים עשויים לפגוע בזכויות יסוד, ולכן לא ניתן להאציל את הסמכות לקבוע אותם לרשות המבצעת.**תוצאה-** העתירה התקבלה. בית המשפט קבע כי החלטת הממשלה בנושא ייצוא הגז חרגה מסמכותה, שכן מדובר בהסדר ראשוני שהיה צריך להיות מוסדר בחקיקה ראשית על ידי הכנסת ולא על ידי הרשות המבצעת. |
| ארגון מגדלי העופות בישראל | עתירה נגד חוק ההסדרים בטענה שנחקק בחופזה וללא דיון מעמיק, תוך פגיעה בזכויות. | בייניש – חוק לא ייפסל בשל הליך חקיקה פגום, אלא אם הפגם יורד לשורש ההליך ומפר עקרונות יסוד כמו שוויון, הכרעת הרוב ועקרון ההשתתפות. חוק ההסדרים עלול לעקוף את הדרישה שהכנסת תקבע הסדרים ראשוניים, שכן הרשות המחוקקת מאשרת אותו פורמלית אך לא דנה בו מהותית.**תוצאה-** העתירה נדחית. |

**חסינות חברי הכנסת**

חוק יסוד: הכנסת, סעיפים 6, 17, 42א-ב

חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א – 1951 סעיפים 1, 4, 13(א)

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת | ח"כ גורולובסקי הצביע אלקטרונית במקום ח"כ אחר. העתירה עסקה בשאלת סמכות ועדת הכנסת להעניק חסינות מפני העמדה לדין. | ברק – ישנן 3 אפשרויות:1.אפשרות רחבה - הוועדה רשאית לשקול כל שיקול בנוגע לאישום, כולל חוזק הראיות ועניין הציבור. אפשרות זו נדחתה בעבר.2.אפשרות צרה - הוועדה יכולה לבחון רק אם החלטת היועמ"ש נובעת משיקולים זרים.3.אפשרות ביניים - הוועדה רשאית לשקול שיקולים מסוימים מעבר לבחינת תום ליבו של היועמ"ש, אך לא את כל השיקולים שקשורים לאישום. ברק דוחה גם אפשרות זו.בית המשפט בחר **באפשרות הצרה**, לפיה ועדת הכנסת רשאית לשקול רק אם החלטת היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב אישום נובעת משיקולים זרים או פסולים (כגון רדיפה פוליטית). האפשרות הרחבה והאפשרות הביניים נדחו.**תוצאה-** העתירה התקבלה, החסינות הוסרה. |
| מח'ול נ' כנסת ישראל | העתירה עסקה בשאלה האם ועדת האתיקה של הכנסת רשאית להטיל סנקציות על חבר כנסת בגין דברים שנשא במליאה, כאשר דבריו מוגנים ע"י החסינות העניינית. | ברק – החסינות העניינית מגנה על חבר כנסת מפני הליכים משפטיים חיצוניים, אך אינה מונעת מהכנסת לנקוט סנקציות פנימיות בענייניה הפנימיים. ועדת האתיקה מוסמכת להטיל סנקציות אתיות, ובית המשפט יתערב בהחלטותיה רק במקרים חריגים.**תוצאה-** העתירה נדחית. החסינות העניינית מגינה על חבר הכנסת מפני הגשת כתב אישום חיצוני אך אינה שוללת מהכנסת אפשרות לנקוט בפעולה משמעתית באמצעות ועדת האתיקה. |
| זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת | ועדת האתיקה הרחיקה את ח"כ זועבי ל-6 חודשים מישיבות מליאת הכנסת בעקבות התבטאויותיה, בהן תמיכה בחטיפת שלושת הנערים ופרסום מאמר מסית במהלך צוק איתן. זועבי עתרה לבג"ץ. | נאור – החסינות העניינית מגנה על ח"כ מהעמדה לדין, אך אינה מונעת מוועדת האתיקה להטיל סנקציות משמעתיות. הלכת מח'ול חלה גם כאשר ההתבטאות נעשתה מחוץ למשכן הכנסת, ולכן אין מקום להבחנה שמבקשת זועבי לקבוע.**תוצאה-** העתירה נדחית. |

פסקי דין שנלמדו בכיתה אך לא בסילבוס:

בפסק הדין **ח"כ אהרן אבו חצירא נ' היועמ"ש,** נקבע כי הכנסת מוסמכת להעניק חסינות לחבריה רק מטעמים מסוימים, כגון אם כתב האישום הוגש משיקולים זרים או פסולים. כלומר, הכנסת לא רשאית לבחון את הראיות בתיק או להחליף את שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, אלא רק לבדוק אם האישום נובע ממניעים פוליטיים בלתי לגיטימיים. בכך, שיקול הדעת של הכנסת הוגבל למניעת שימוש לרעה בהליך הפלילי כדי לפגוע בפעילותה התקינה של הכנסת.

**הדחת חבר כנסת מכהן**

חוק יסוד: הכנסת, סעיף 42א(ג) - נחקק בעקבות הביקורת שמתחה ח"כ חנין זועבי על מעשיהם של חיילי צה"ל בהשתלטותם על הספינה מרמרה.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| ג'בארין נ' כנסת ישראל | עתירה נגד תיקון לחוק יסוד: הכנסת ("חוק ההדחה"), המסמיך את הכנסת להפסיק את חברות ח"כ אם אינו עומד בתנאי סעיף 7א, כאשר טוענים לפגיעה בזכות לבחור ולהיבחר. | חיות –יש פגיעה בזכות להיבחר (בשל הפסקת החברות), אך היא אינה פוגעת בעקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית.סולברג – לא מדובר בפגיעה בזכות החוקתית, אלא בשינוי בהיקף הזכות, שכן אין שינוי מהותי בזכות להיבחר, רק שינוי בתנאים הקובעים את תחולתה במהלך הכהונה. **תוצאה-** העתירה נדחתה, ולא נמצאה פגיעה מהותית בזכות לבחור ולהיבחר. |

**2.2 הממשלה**

**2.2.1 בחירות**

חוק יסוד הממשלה – סעיפים 7-13, 18 – 21(א), 28 – 30(א)

**2.2.2 הסכמים קואליציוניים**

חוק הממשלה תשס"א-2001 - סעיף 1

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה | העתירה הייתה נגד הסכם קואליציוני בין הליכוד לסיעה לקידום הרעיון הציוני. העותרים טענו שהתוכן של ההסכם לא חוקי. | תוקף הסכם קואליציוני:ההסכם הפוליטי יכול להיות נחשב תקף, אך ההגבלות והסעדים הם מצומצמים. הסעד בגין הפרת ההסכם יהיה בעיקר הצהרה, ולא אכיפה, במיוחד כשמדובר בהסכמים פוליטיים.הסכמים קואליציוניים וערבויות:הסכמים פוליטיים לא כוללים ערבויות או בטחונות, שכן הם נוגדים את תקנת הציבור. אף על פי שההסכמים תקפים, לא ניתן להעניק ערבות או להתחייב להעביר אדם מתפקידו במסגרת הסכם פוליטי.אלון – הסכם קואליציוני מחייב משפטית (בהתאם לחוק יסודות המשפט, לפי מורשת ישראל), אך יש מקום לשחרר את הצדדים ממנו אם יש בכך אינטרס ציבורי.ברק – הסכמים קואליציוניים אינם תקפים משפטית כמו חוזה רגיל. השפיטות קיימת, אך הסעד העיקרי הוא הצהרה על הפרת ההסכם, ולא אכיפה. המבחן המרכזי להערכת הסעד הוא מבחן הסבירות.**תוצאה-** העתירה נדחתה, ההסכמים קואליציוניים תקפים במידה מסוימת, אך אכיפת ההסכמים הפוליטיים היא בעייתית, והסעד יהיה לרוב הצהרתי ולא אכיפת הסכם. |
| ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית | מפלגת העבודה (בראשות יצחק רבין) ומפלגת ש"ס (בראשות אריה דרעי) חתמו על הסכם קואליציוני שנועד להבטיח את המשך קיום הסטטוס קוו בעניינים דתיים, תוך מניעת התערבות של בית המשפט. במיוחד, סעיף 3 בהסכם קובע כי אם יופר הסטטוס קוו בענייני דת, שני הצדדים יתחייבו לתקן את ההפרה באמצעות חקיקה. | ברק–התעקש שההסכם שפיט וצריך להיבחן לפי עקרונות המשפט. הוא טען שההסכם נוגד את תקנת הציבור ופסל אותו, כי הוא מערער את עקרון הפרדת הרשויות ואת מעמד הרשות השופטת. הוא גם טען כי מדובר בהסכם שמאיים על הדמוקרטיה ולכן צריך להיות מבוטל.חשין – הסכים שההסכם הקואליציוני אינו משפטי ונוגד את עקרונות המשפט, אך לא ראה צורך לבטל אותו. הוא טען כי הסכם פוליטי הוא למעשה המשך ישיר של מצע מפלגה ולכן, אם המצע חוקי, גם ההסכם הקואליציוני צריך להיות חוקי. מבחינתו, אין לפסול את ההסכם כיוון שמפלגה יכולה לבצע את מה שהבטיחה לבוחריה.גולדברג – הסכים עם ברק מבחינת תוכן ההסכם, אך הדגיש את המורכבות בהשפעה הציבורית של פסק הדין. הוא הזהיר שפסילת ההסכם עלולה לפגוע במעמד בית המשפט, שכן זה עשוי להיראות כהתערבות מיותרת בהסכמים פוליטיים.**תוצאה-** הסעיף בהסכם הקואליציוני בין מפלגת העבודה לש"ס, הקובע את ההתחייבות לחוקק נגד פסקי דין של בית המשפט העליון בענייני סטטוס קוו דתי, הומלץ לבטל.השופט ברק פסק כי ההסכם נוגד את תקנת הציבור ולכן יש לבטלו, משום שהוא פוגע בעקרונות היסוד של המשטר, בעיקר בנוגע למעמד הרשות השופטת ועקרון הפרדת הרשויות.מצד שני, השופטים חשין וגולדברג היו זהירים יותר: חשין סבר שאין לפסול את ההסכם, שכן הוא מהווה המשך ישיר למצע המפלגה, ואילו גולדברג הסכים עם ברק בתוכן, אך הזהיר מהשלכות ציבוריות של פסילה כזו.לסיכום, הנטייה הייתה לפסול את הסעיף בהסכם, אבל לא הוצעה פסילה גורפת של ההסכם כולו. (כמו כלל העיפרון הכחול) |

**2.2.3 סמכויות הממשלה והשרים והאצלתן**

חוק יסוד הממשלה –סעיפים 1, 32, 33(ב)

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל | הממשלה קיבלה החלטה לסווג מחדש ערי פיתוח ואזורי פיתוח לצורך מתן הטבות, על פי סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה. אך חוק ערי פיתוח מ-1988 העניק סמכות זו **לוועדת שרים** בלבד. העותרים טענו כי החלטת הממשלה התקבלה בחוסר סמכות, כיוון שביצוע החוק הוטל על ועדת שרים. | דורנר – ציינה כי "בכפוף לכל דין" לא מתייחס רק לחוק עצמו, אלא גם להלכות פסיקה של בתי המשפט, במיוחד בהקשר של זכויות האדם. היא טענה כי אין להעניק לממשלה סמכות לפגוע בזכויות פרט, אלא אם כן יש הסמכה מפורשת לכך בחוק. כלומר, סמכות הממשלה מוגבלת גם בהקשרים של פגיעות בזכויות פרט, ולא ניתן להפעיל סמכות חקיקתית שתפגע בזכויות הפרט אלא אם כן יש לה הסמכה מפורשת לכך.גולדברג – קבע כי הממשלה יכולה לפעול בסמכות שיורית כאשר יש "חלל חקיקתי" – כלומר, כשהחוק לא קובע הסדר בנושא, הממשלה יכולה לפעול. אך כאשר יש הסדר חוקי קיים, על הממשלה לפעול לפי ההסדר הקבוע בחוק. במקרה הזה, היה כבר הסדר חקיקתי, ולכן הממשלה חרגה מסמכותה.**השגיאה בדברי גולדברג:**ההשגה העיקרית של דורנר על גולדברג הייתה בכך שהוא לא כלל את **הפסיקה** במסגרת ה"דין" שבו הממשלה צריכה לפעול, אלא רק את ההוראות החוקיות. היא טענה כי כאשר יש **הסדר פסיקתי** שנוגע לזכויות פרט, הממשלה חייבת לפעול בהתאם גם לו, ולא רק לחוק. במילים אחרות, לא די בכך שהחוק לא אוסר את הפעולה – גם החלטות פסיקתיות בעניין זכויות האדם מחייבות את הממשלה.**תוצאה-** העתירה התקבלה, וההחלטה לביצוע סיווג ערי פיתוח בוטלה, כי הממשלה חרגה מסמכותה ולא הייתה לה הסמכה ישירה לכך. |
| הוועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל | העותרים טענו שהשב"כ לא מוסמך להפעיל אמצעים פיזיים בחקירות נגד חשודים בפעילות טרור, והמדינה טענה שהסמכות לכך נובעת מסעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, המעניק לממשלה סמכות לפעול בכל תחום שלא הוסמך בו רשות אחרת. | ברק – קבע כי לא ניתן להסיק מהסמכות השיורית של הממשלה סמכות לפגוע בחירותו של הפרט, ולכן לא ניתן להפעיל אמצעי חקירה פיזיים בלי הסמכה מפורשת בחוק. הוא הוסיף כי פגיעה כזו בחירותו של אדם מחייבת חקיקה ראשית, ולא ניתן להסתמך על סמכות שיורית כדי לאשר פגיעות בזכויות אדם.**תוצאה-** העתירה התקבלה. בית המשפט קבע כי לשב"כ אין סמכות להפעיל אמצעים פיזיים בחקירות ללא הסמכה מפורשת בחוק, והפסול את הפרקטיקה הזו.**חשיבות-** פסילה של פרקטיקה משמעותית תוך סירוב לעיגונה בעיקרון הסמכות השיורית. |
| חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (בג"צ השב"כ) | תיקון לפקודת בתי הסוהר אפשר את הקמת בתי סוהר פרטיים בישראל. השאלה שעמדה בפני בית המשפט הייתה אם ההסמכה להקים בתי סוהר פרטיים חוקתית. | ביניש – קבעה בדעת רוב כי האצלת הסמכות להפעיל בתי סוהר פרטיים פוגעת בזכויות האסירים לחירות ולכבוד. היא טענה כי עצם קיומו של בית סוהר למטרות רווח פוגע בכבוד האסירים, והמדינה, שהשאילה את חירותם של האסירים, צריכה לדאוג להם. השופטת לא בחרה במסלול מוסדי (שיטען שהסמכות לא ניתנת להאצלה) אלא במסלול זכויות האדם, ובחנה את הפגיעה בזכות לחירות ולכבוד.פרוקצ'יה – הוסיפה כי גוף פרטי יפעל להגדלת רווחים על חשבון זכויות האסירים, מה שעלול להוביל להחמרה במצבם (לא העיקר, ביניש העיקר).**הערה-** בית המשפט יכול היה לפסול את החוק גם על בסיס הטיעון המוסדי, שלפיו סמכויות שלטוניות כמו כליאה חייבות להישאר בידי המדינה ואינן ניתנות להפרטה. טיעון זה נחשב ניטרלי ועקרוני יותר, אך השופטים נמנעו ממנו בשל היעדר בסיס חוקתי יציב לפסילה כזו. ביניש ציינה כי סמכויות שלטוניות מסוימות הן חלק מה"גרעין הקשה" של סמכויות הממשלה, אך בית המשפט בחר לבסס את החלטתו על הפגיעה בזכויות אדם, מה שסימן מגבלה ראשונית על האצלת סמכויות למגזר הפרטי.**תוצאה-** העתירה התקבלה והחוק נקבע כבלתי חוקתי משום שהוא פוגע בזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד האסירים. בית המשפט קבע שהחוק לא עומד בפסקת ההגבלה. |

פס"ד שלא נמצא בסילבוס אך אוזכר בשיעור

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| פדרמן נ' שר המשטרה | העתירה עסקה בשאלת סמכותה של הרשות המבצעת לפעול כאשר אין הוראה חקוקה מפורשת המסדירה את פעולתה. | בית המשפט קבע כי הממשלה, כרשות מבצעת, מחויבת לפעול בתחומים רבים גם ללא הוראה חקוקה מפורשת. עם זאת, כאשר נושא מסוים כבר הוסדר בחוק והסמכות הוענקה לגורם מסוים, הממשלה אינה יכולה לטעון לסמכות שיורית לפעול כאשר החוק הסדיר את העניין והקנה את הסמכות לגורם מוגדר. |

**2.2.4 הפסקת כהונת שר או סגן שר**

חוק יסוד: הממשלה – סעיפים 4, 6(ג), 22-23, 26-27

חוק הממשלה תשס"א-2001 - סעיף 2

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל (דרעי 1) | הוגש כתב אישום נגד שר הפנים, אריה דרעי, אך ראש הממשלה נמנע מלפטרו, בין היתר בשל התחייבות בהסכם קואליציוני. | שמגר – קבע כי סמכות ראש הממשלה לפטר שר היא סמכות שבשיקול דעת, אך במקרים מסוימים היא הופכת לסמכות שבחובה. כאשר אי הפעלת הסמכות היא בלתי סבירה באופן קיצוני, רשאי בית המשפט להתערב. במקרה זה, חומרת העבירות המיוחסות לדרעי הפכה את ההחלטה שלא לפטרו לבלתי סבירה, ולכן נפסק כי יש להדיחו.**תוצאה-** בית המשפט ביטל את החלטת ראש הממשלה שלא לפטר את דרעי והורה על פיטוריו.**הלכת דרעי – תוכנה המדויק:**זמיר (בג"ץ 2533/98) – אם מוגש כתב אישום חמור נגד שר או סגן שר, ראש הממשלה חייב לפטרו. סירוב לעשות זאת ייחשב חוסר סבירות קיצוני, ובית המשפט רשאי להורות על כך. |
| התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה (צחי הנגבי 1) | עתירה נגד מינויו של ח"כ צחי הנגבי לשר לביטחון פנים, בטענה שאינו כשיר לכהונה בשל מעורבותו בארבע פרשיות | חשין (מיעוט) – טוען כי כתב אישום בלבד אינו מספיק לפסילת שר; יש צורך בראיות המצביעות על סיכוי סביר להרשעה ובעבירה חמורה עם קלון. לא ייתכן שהיועמ"ש לבדו יקבע את גורלו של חבר ממשלה על ידי הגשת כתב אישום.דורנר (רוב) – פסילת שר מותנית ב:1. ראיות מבוססות (סיכוי סביר להרשעה).2. אישום בעבירה חמורה שיש עימה קלון.אך משאירה שיקול דעת מסוים לרה"מ. במקרה זה, מאחר שלא הוגש כתב אישום בשל היעדר סיכוי סביר להרשעה, הדבר מהווה "זיכוי מהותי", ואין הצדקה למנוע את המינוי.ריבלין – עתירה זו, שהגישה התנועה למען איכות השלטון בישראל, מבקשת למנוע את מינויו של המשיב 3, מר צחי הנגבי, לתפקיד השר לביטחון פנים. לדעת העותרת, אין המשיב 3 כשיר לכהונה זו, וזאת, בעיקר, בשל מעורבותו בארבע פרשיות, שעל פרטיהן נעמוד בהמשכם של דברים**תוצאה-** העתירה נדחתה, הנגבי מונה לשר. |
| אמיתי פנחסי נ' ראש הממשלה | הוגש כתב אישום נגד ח"כ פנחסי, סגן שר, והיועמ"ש המליץ להסיר את חסינותו הדיונית. הכנסת לא הסירה את חסינותו. השאלה הייתה האם יכול להמשיך בתפקידו כסגן שר. | ברק – מבדיל בין נבחר ציבור לבין עובד ציבור, ומדגיש שנבחר ציבור נושא באחריות מוסרית גבוהה יותר וצריך לשמש דוגמה לעם. כאשר יש פגיעה חמורה באמון הציבור, ניתן להעבירו מכהונתו. בהעדר אפשרות להעמידו לדין, יש להעבירו מכהונתו מיידית, גם אם הכנסת לא הסירה את חסינותו.דעה נגדית של חשין בבג"צ 1933/03 – הכנסת היא הגוף המוסמך לפקח על הממשלה, והיעדר אפשרות להעמיד לדין לא מצדיק פיטורין, במיוחד כאשר הכנסת לא הסירה את חסינותו של פנחסי.**תוצאה-** העתירה התקבלה. פנחסי פוטר מתפקידו. |
| התנועה למען איכות השלטון נ' שר החוץ (2015) (צחי הנגבי 2) | עתירה כנגד מינוי צחי הנגבי לסגן שר החוץ לאחר שהוא הורשע בעדות ושבועת שקר. למרות שהורשע, לא הוטל עליו עונש מאסר, ומבחינת החוק הוא כשיר לכהונה. העותרים טוענים שצריך להפעיל שיקול דעת בנוגע לנכונות המינוי, ומבקשים להפעיל את סעיף 26 לחוק יסוד: הממשלה, תוך שהם טוענים שלא נשקלו שיקולים של אמון הציבור וטוהר המידות בשלטון. | גרוניס (מיעוט) **–** מציין כי כיום אין חלל חקיקתי בחוק יסוד: הממשלה ובחוק יסוד: הכנסת, שכן יש הוראות ברורות המתייחסות למינוי ולהפסקת כהונת שר או סגן שר שהורשעו בדין. הוא טוען שההוראות הקיימות לא מחייבות הפסקת כהונה במקרה של הרשעה ללא עונש מאסר בפועל, ולכן אין מקום להשתמש בעילת הסבירות כדי לשנות את הדין. הוא מציין כי לא ניתן לראות בהסדר הקיים "לקונה" בחוקי היסוד.עמית **–** מציע כי ניתן לשלב שיקול דעת יחד עם הכשירות החוקית, כך שיתאפשר להבטיח את ניקיון כפיים בשלטון. השילוב הזה עשוי לחזק את ההגנה על האינטרס הציבורי ולאפשר מניעת מינויים בעייתיים.**תוצאה –** העתירה נדחית. |
| התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (דרעי 2) | עתירה בה מבקשים לפטר את דרעי מתפקיד שר הכלכלה לאחר שהורשע בעבירות קלון לפני 13 שנים, אף שחלפו 14 שנים מאז ריצה את עונשו. העותרים טוענים כי אין לו כשירות למינוי, למרות תקינות המינוי לפי סעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה. | חיות – גם אם ישנה כשירות פורמלית, יש לבדוק אם השיקול דעת למינוי היה סביר. חיות מציינת שחלפו 13 שנים (פי 2 מהתקופה המינימלית בחוק) ושהמינוי הוא בגבול הסבירות. היא קובעת כי ביהמ"ש לא יתערב בשיקול דעת ראש הממשלה, נוכח שיקול הדעת הרחב המוענק לו במקרים כאלה.מלצר –השופט מלצר מציין כי הטלת חובה לפטר עלולה לפגוע במשילות ובמסירות לחוקה. הוא מציין כי הרחבת החובה לפיטורין מעבר למה שהחוק קובע עשויה לפגוע בשלטון תקין ובמוסריות החוקתית, ולכן לא מוצא סיבה להתערב בהחלטת ראש הממשלה.**תוצאה-** העתירה נדחית. |
| פוקס נ' ראש הממשלה | עתירה נגד פיטורי שרי האיחוד הלאומי ערב הצבעה בממשלה במטרה להשיג רוב למדיניות ראש הממשלה, תוכנית ההתנתקות. העותרים טוענים כי פיטוריהם נעשו למטרת מניפולציה פוליטית. | ברק – פיטורי שר מכהונתו הם סבירים כאשר הם מקדמים את יכולת הממשלה לתפקד ולהשיג את מטרותיה. העברת שרים לפני הצבעה בממשלה על מנת להשיג רוב היא לגיטימית, משום שהיא מאפשרת לממשלה לפעול ביעילות ולקבל החלטות תואמות למדיניותה. ראש הממשלה לא כבול בהכרח לקווי היסוד של הממשלה, שכן כבילת שיקול דעתו משמעה פגיעה ביכולתו להנהיג את הממשלה כראוי.לוי – מציין שהחוק מקנה לראש הממשלה סמכות רחבה לפטר שרים, אך ממליץ לשנות את החוק כדי למנוע שימוש לרעה במטרה להשיג רוב בממשלה. הוא סבור שכשמדובר במחלוקת מדינית, יש להמתין להחלטת הממשלה טרם פיטורי השרים, ולא לבצע את הפיטורים במטרה לנצח בהצבעה.פרוקצ'יה – מסכימה עם לוי, אך טוענת כי במקרה של צורך חשוב במיוחד, כמו תוכנית מדינית בעלת השפעה הרת גורל, ניתן לפטר שרים כדי לקדם את המטרה המדינית. ההעברה צריכה להתבצע רק כשיש צורך דרמטי ומשמעותי.**הרהורים**- גישת ברק מתמקדת בהגנה על תפקוד הממשלה ומסכימה עם גישה קרובה למודל נשיאותי, בעוד שלוי ופרוקצ'יה מציינים את הצורך בהגבלת סמכויות ראש הממשלה.- גישה פרלמנטרית דורשת יותר שיתוף פעולה בתוך הממשלה ולא סמכות פיטורים רחבה שתשפיע על תוצאות ההצבעות.**תוצאה-** העתירה נדחתה, עם המלצות לשינוי בחוק כדי להגביל את סמכות הפיטורין של ראש הממשלה.  |

פס"ד שאוזכר בשיעור אך לא בסילבוס

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| שיינפלד נ' הכנסת 8948/22 (18.1.2023) | אריה דרעי, לאחר שהורשע בעבירות מס והוטל עליו עונש מאסר על תנאי, התפטר מהכנסת במסגרת הסדר טיעון. בבחירות לכנסת הוצב שוב בראש רשימת ש"ס ונבחר. לאחר מכן, נתניהו מינה אותו לשר בממשלת ישראל ה-37. העותרים טענו כי מינויו אינו חוקי עקב הוראות סעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה.הסעיף קובע כי מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר, ואילו לא עברו שבע שנים ממועד ריצוי העונש או מיום פסק הדין, לא יכול להתמנות לשר, אלא אם יו"ר ועדת הבחירות קובע כי אין קלון בעבירה. השאלה הייתה האם הסעיף מתייחס גם למאסר על תנאי. | היועמ"שית – טענה כי סעיף 6(ג) כולל גם מאסר על תנאי, ולכן לא ניתן למנות את דרעי עד שוועדת הבחירות תקבע אם יש קלון בעבירותיו.הקואליציה – השיבה על כך בתיקון לחוק היסוד, שבו הוחלפה המילה "מאסר" ב"מאסר בפועל", ובכך נוצרה סיטואציה בה לא היה צורך בהכרעת יו"ר ועדת הבחירות.**תוצאה-** בג"ץ קבע ברוב של 10 שופטים כנגד שופט אחד כי לא ניתן לפסול את תיקון חוק היסוד, אך מינויו של דרעי היה לא סביר באופן קיצוני. השופטת ציינה כי עברו הפלילי וההצהרה שהציג בפני בית המשפט על התנהלותו היו פגומים במידה רבה. בסופו של דבר, בג"ץ הורה לראש הממשלה לפטר את דרעי ממשרת השר.**הרהורים**ההליך המשפטי התמודד עם השאלה האם ניתן להקל בתנאי המינויים ששר מכהן ומורשע בעבירות חמורות, ונראה כי הבעיה העיקרית הייתה סבירות המינוי לאור מצבו המשפטי של דרעי. |

**2.3 בתי המשפט**

חוק יסוד: השפיטה, סעיפים 4, 7

חוק בתי המשפט [נוסח משולב] תשמ"ד-1984, סעיפים 6, 6א, 7

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים (2009) | שר המשפטים רצה לכנס את הוועדה לבחירת שופטים, אך נציגי השופטים סרבו להשתתף בשל היותה של הממשלה ממשלת מעבר. בעקבות זאת, שר המשפטים החליט לא לכנס את הוועדה. | ריבלין – לוועדה למינוי שופטים יש אכן מאפיינים ייחודיים, אך לא ניתן לקבוע שההחלטה שלא לכנס את הוועדה אינה סבירה. ההימנעות מהמינוי בממשלת מעבר לא פוגעת בכבוד הדדי של חברי הוועדה. הוא הוסיף כי מדובר בשאלה שאינה שייכת לתחום השיפוט, ושההחלטה שלא למנות בתקופה כזו תיבחן פחות בחומרה מאשר אם הייתה מתקבלת במהלך ממשלה רגילה.**תוצאה**- העתירה נדחתה. |
| מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה | בית הדין הארצי לעבודה דן בתוקפו של הסכם קיבוצי ובמהלך הדיון עסק גם בתוקפו של חוק חדש שמגביל את יישומו. המדינה עתרה לבג"ץ בטענה שאין לבית הדין סמכות לדון בתוקפו של חוק. | שופטי הרוב – מאחר שהסכסוך העיקרי נסוב סביב ההסכם הקיבוצי, לבית הדין יש סמכות לדון בו, ובמסגרת זו גם בתוקפו של החוק בסמכות נגררת (תקיפה עקיפה).לוי (מיעוט) – אין סכסוך אמיתי בין הצדדים, אלא רק שאלה חוקתית. לכן, היה צורך בתקיפה ישירה בבג"ץ ולא בדיון בבית הדין לעבודה.**תוצאה-** העתירה נדחתה. נקבע כי לבית הדין הארצי לעבודה יש סמכות לדון בתוקפו של החוק מכוח סמכות נגררת (תקיפה עקיפה). |
| בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה ואח' נ' שר האוצר ואח' | עתירה נגד תיקון לחוק יסודות התקציב המסמיך את שר האוצר להפחית תקציבים מגופים הפועלים בניגוד לעקרונות המדינה. | נאור – דוחה את העתירה בשל אי בשלות (החוק טרם יושם) ולנוכח סעד חלופי – העותרים צריכים לפנות לבית המשפט לעניינים מנהליים ולתקוף את החוק בתקיפה עקיפה ("דרך המלך").דעת גידי: טוען שלא מדובר בתקיפה עקיפה אלא ישירה, כיוון שהעותרים עצמם מעלים את שאלת אי חוקתיות החוק.**תוצאה-** העתירה נדחתה. בית המשפט מקדם ביקורת שיפוטית ביזורית, תוך שמירת סמכותו להכריע בסוגיה הסופית. |

**2.4 נשיא המדינה**

-חוק יסוד: נשיא המדינה

**רובינשטיין ומדינה, פרק 20**

א. רקע ומעמד הנשיא:

לנשיא המדינה תפקידים בעיקר טקסיים, עם סמכויות מצומצמות הכרוכות בשיקול דעת:

1. מתן חנינות והפחתת עונשים.

2. הטלת תפקיד הרכבת הממשלה.

3. הסמכה לפיזור הכנסת והקדמת הבחירות לפי בקשת ראש הממשלה.
הנשיא אינו רשאי לכהן בתפקיד נוסף ונדרש לשמור על מעמדו הא-פוליטי.

ב. בחירת הנשיא וסיום כהונתו:

הנשיא נבחר על ידי הכנסת לכהונה של שבע שנים, ללא אפשרות להיבחר בשנית. בעבר כהונתו הייתה חמש שנים עם אפשרות לכהונה שנייה, אך שינוי זה נועד לשמור על מעמדו העצמאי. כהונתו מסתיימת בהתפטרות, העברה מתפקיד בשל התנהגות לא הולמת או מצב בריאותי. יו"ר הכנסת משמש כממלא מקום הנשיא.

ג. סמכויות, תפקידים וחסינות:

* הנשיא חותם על חוקים, אמנות ומינויי בכירים, אך סמכותו סמלית בלבד.
* רשאי לצאת לחו"ל רק באישור הממשלה.
* חסין בפני ביקורת שיפוטית, והחלטותיו אינן נתונות לביקורת בג"ץ.
* נהנה מחסינות פלילית ומתנאים קבועים בחוק, אך החסינות אינה חלה על פעולות שאינן קשורות לתפקידו.

ד. סמכות החנינה:

הנשיא רשאי להמיר או לבטל עונשים, אך ההמרה צריכה להיחשב כהקלה. חנינה מלאה מוחקת הרשעה, אך אינה מחזירה קנסות ששולמו. על אף מחיקת ההרשעה, ניתן להתחשב בה בעת מינוי לתפקידים ציבוריים. הנשיא רשאי גם לחון חשודים לפני העמדה לדין, אך הכותב סבור שזו סמכות מיותרת השייכת ליועמ"ש.

שיקול דעת ושקיפות בהחלטות חנינה:

* לרוב הנשיא אינו מנמק דחיית חנינה, אך הכותב סבור שיש צורך בשקיפות ופומביות.
* הנשיא רשאי להעניק חנינה גם כדי לתקן עיוותי דין, תוך התחשבות בנסיבות העבירה ובמצבו של העבריין.

-חוק הממשלה (תיקון מס' 9), התשע"ד–2014.

**2.5 מנגנוני פיקוח**

**2.5.1 היועץ המשפטי לממשלה**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל (רבין) 4267/93 | רה"מ ביקש מהיועמ"ש לחוות דעתו על הדחת סגן השר פנחסי בשל האישומים נגדו. רה"מ סבר שאין חובה להדיחו או להביא את העניין לממשלה. העותרים טענו כי הפרקליטות אינה יכולה לייצג גם את רה"מ וגם את היועמ"ש, בשל ניגוד עניינים. | ברק – היועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת. חוות דעתו מחייבת את הממשלה, גם אם עמדתו שונה מזו של רה"מ. ברק אימץ את פרשנותו של זמיר וקבע כי היועמ"ש רשאי לייצג את רה"מ בהתאם לתפיסתו המשפטית. |
| התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (דרעי) | דרעי היה שר בממשלת ישראל, ובשל הגשת כתב אישום נגדו, היועמ"ש סבר שעל רה"מ לפטר אותו. רה"מ התנגד לכך והביע עמדתו המנוגדת לחוות הדעת המשפטית של היועמ"ש. | מצא **–** חוות דעתו של היועמ"ש מחייבת את הממשלה. כאשר יש מחלוקת בין רה"מ ליועמ"ש, רה"מ לא יכול להביע את עמדתו האישית, ויש לקבל את עמדת היועמ"ש כפרשן המוסמך של הדין.**הייעוץ והייצוג:**-וועדת אגרנט קבעה כי בדרך כלל הממשלה כפופה לחוות דעתו של היועמ"ש, אך יש לה שיקול דעת במקרים מסוימים.-בשאלות משפטיות, הממשלה חייבת לקבל את חוות דעתו של היועמ"ש, והיועמ"ש הוא המייצג הבלעדי של המדינה.-ביהמ"ש ב"אמיתי" אימץ את עמדת זמיר, לפיה חוות דעתו של היועמ"ש מחייבת את הממשלה.-בישראל יש הפרדה בין ייעוץ לממשלה לבין ייצוגה, אך בפועל היועמ"ש אחראי גם לייעוץ וגם לייצוג.**תוצאה-** בג"ץ קבע כי ראש הממשלה לא יכול להתנגד לחוות דעתו של היועמ"ש ולחלוק עליה, ולכן הורה לו לפטר את השר דרעי בעקבות הגשת כתב אישום נגדו. |
| אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה | בג"ץ פסק נגד החלטת שר המדע שלא למנות את פרופ' יעל אמיתי לחברה במועצת הנגידים של קרן גרמניה-ישראל, בעקבות תמיכתה בסטודנטים ומרצים "המסרבים לשרת בשטחים הכבושים". השר התנגד לעמדת היועמ"ש, שייעץ לו שלא למנות אותה. השאלה המרכזית היא האם היועמ"ש מוסמך להחליט לא להגן על החלטת שר ולא לאפשר לו להיות מיוצג ע"י עו"ד פרטי. | שטיין – טוען כי אי הייצוג של השר על ידי עו"ד פרטי לא היה תקין, שכן הדבר עשוי לפגוע בהצגת עמדת השר באופן מיטבי. היעדר ייצוג אישי מחייב את המסקנה כי עמדת השר לא הוצגה כראוי.קרא – סבור כי אין בעיה עם החלטת היועמ"ש לא לאפשר לשר ייצוג עצמאי, מאחר שההלכה קובעת שהיועמ"ש קובע את עמדת המדינה.**תוצאה-** החלטת השר נפסלה. שיקול שגוי היה הדומיננטי בה, ולכן היא בטלה. |

**2.5.2 ביקרות המדינה**

חוק יסוד: מבקר המדינה.

**רובינשטיין ומדינה, פרק 10ה2**

**מבקר המדינה אחראי בפני הכנסת בלבד ולא תלוי בממשלה-** הכנסת בוחרת את מבקר המדינה ולה מוגשים דו"חות הביקורת ומוסמכת, כמו גם הממשלה לדרוש מן המבקר להכין חוו"ד בכל עניין שבתחום תפקידו.

**מבקר המדינה הוא גורם עצמאי.** אינו פעיל בחיים הפוליטיים, ומטלות עליו ועל משרדו מגבלות חמורות ביחס לעסוק בעת הכהונה ואף לאחריה.

**הגופים המבוקרים הם:** משרדי הממשלה, רשויות מקומיות ומוסדות של המדינה וגם גופים נתמכים ע"י המדינה ואף ארגון עובדים כולל בסייגים מסוימים.

**היקף הביקורת:** חשבונאות, בדיקת תקינות המנהל, שמירת החוק והיענות לתלונות הציבור, יעילות עבודתם של הגופים, הפקת לקחים ויישום ממצאי הביקורת בעבר, בחינת "טוהר המידות".

**סמכויותיו:** חובה למסור לידיו דו"חות כספיים שנתיים, תסקיר פעולות וכל מידע נוסף שידרוש מהם. סמכויות חקירה, חיוב כל אדם להעיד בפניו ולמסור לו מידע.

**הדיון בממצאי הביקורת** מסור לוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת. רה"מ נדרש למסור את תגובתו לדו"ח הביקורת בתוך 10 שבועות מקבלתו.

לפי התפיסה המקובלת,  **ביהמ"ש נמנע כמעט לחלוטין מהחלת ביקורת שיפוטית כנגד תקפותם של ממצאים של מבקר המדינה,** והוא מותיר את מלאכת הבירור לכנסת.

לפי המדיניות כיום, במקרים בהם מדובר בניצול לרעה של תפקיד או בחשש לפגיעה בטוהר המידות, **אין המבקר נמנע עוד מפרסום שמותיהם של המעורבים בעניין.** על כן, פרסום בפומבי הוא אמצעי אכיפה מרכזי בידי מבקר המדינה.

ממצאי הביקורת אינם בעלי מעמד נורמטיבי מחייב, אך ניתן לראות שבנוגע לחוק מימון המפלגות, **קביעות המבקר הן מחייבות.**

**מבקר המדינה מכהן גם כנציב תלונות הציבור.** כל אדם רשאי להגיש תלונה למבקר על הגופים המבוקרים. אפשרות לפנייה למבקר איננה שוללת את האפשרות להגיש עתירה לערכאות.

**2.5.3 וועדות חקירה**

חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1969, סעיפים 1, 4.

חוק מבקר המדינה (נוסח משולב), תשי"ח-1958, סעיף 14(ב)-14(ב1).

**רובינשטיין ומדינה, פרק 19**

**א. מבוא:**

**ועדות חקירה** הן אמצעי מקובל במנהל הציבורי להשגת מידע, קיום חקירה, ושמיעת עמדות גופים מקצועיים, עם המטרה לגבש המלצות לעתיד.

**ועדת חקירה ממלכתית** היא גוף המוקם על ידי הרשות המבצעת לצורך בירור עובדתי והמלצות בנוגע לדרכי פעולה לעתיד. הן בעלות השפעה רבה וניתן להשוותן לערכאות שיפוטיות.

**ועדות חקירה פרלמנטריות** עוסקות בדיונים מקצועיים וענייניים, אך אינן שיפוטיות או מפלגתיות.

**ב. כינונה של ועדת חקירה ממלכתית ואופן פעולתה:**

**החלטה על כינון הוועדה**: הממשלה מוסמכת להקים ועדות חקירה, אך הן כפופות למגבלות פורמליות ומהותיות. הממשלה לא יכולה להקים ועדת חקירה שתתערב בעניינים שיפוטיים.

**הסמכת ועדות חקירה**: הוועדה נועדה לעסוק בנושאים במסגרת סמכותה של הממשלה, ולא בנושאים שיפוטיים.

**קביעת הרכב הוועדה**: נשיא ביהמ"ש העליון ממנה את יו"ר הוועדה ושאר חבריה. בוועדה יהיו לפחות שלושה חברים, וכל חבר חייב להיות ללא ניגוד עניינים.

**הליכי דיון**: הוועדה מוסמכת להזמין אנשים להעיד ולמסור מסמכים, להטיל קנסות אם יש התנגדות להזמנה, ולבצע חיפושים אם נחוצים. הדיונים הם פומביים, אך יש מגבלות על פרסום פרוטוקולים במקרים ביטחוניים, מדיניים או כלכליים.

**ג. מעמד הממצאים של ועדת החקירה הממלכתית:**

הממשלה חייבת לאמץ את הממצאים העובדתיים של הוועדה, אך אין היא מחויבת לקבל את המלצותיה.

הממצאים אינם בהכרח קובעים אחריות משפטית אישית, אלא עשויים להשפיע על כשירותם של אישים למשרות ציבוריות. הממשלה בדרך כלל מאמצת את ההמלצות בתחום האישי.

**ד. ועדת חקירה פרלמנטרית:**

הכנסת רשאית להקים ועדת חקירה בנושאים המועלים בדו"חות מבקר המדינה, או בנושאים אחרים על פי הצורך.

ועדת חקירה פרלמנטרית אינה מוסמכת לבצע חקירה או לכפות סמכויות כמו זימון עדים.

**שלבי הקמת ועדה**: 1) המליאה מעבירה הצעה להקמת ועדת חקירה לוועדת הכנסת. 2) ועדת הכנסת ממליצה על הקמת הוועדה עם פירוט סמכויותיה. 3) המליאה מאשרת את ההמלצה.

**3. זכויות האזרח**

**3.1 מבוא**

**3.1.1 מידתיות ונוסחאות איזון אחרות**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| דיין נ' מפקד מחוז ירושלים | עתירה נגד איסור הפגנה מול בית הרב עובדיה. חופש הביטוי וההפגנה (אינטרס ציבורי) מול זכות לפרטיות וקניין. | ברק – מציג את 2 הנוסחאות ולבסוף אומר שיש להחיל מבחן קבוע שבוחן את החשיבות היחסית של הערכים השונים:איזון אנכי: אינטרס הציבור יגבר בכפוף ל2 מבחנים- 1)הסתברות הפגיעה באינטרס "מבחן הקרבה לוודאות". 2) עוצמת הפגיעה באינטרס "מבחן הפגיעה הממשית".איזון אופקי: יצרת פשרה בין הזכויות. זכות מול זכות. הזכויות המתנגשות הן ערכים שווי מעמד.**תוצאה** **-** ברק מבצע איזון אופקי וקובע שיש להגיע לפשרה (ההפגנה תהיה מחוץ למשרד הרב ולא מחוץ לביתו). |
| תנופה נ' שר העבודה | תביעה נגד חוקתיות חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם, המחייב את העובדים לשלם ערבות גבוהה כתנאי להעסקתם. | דורנר – בוחנת את הפגיעה בחופש העיסוק בפסקת ההגבלה. היא טוענת כי מבחני המשנה (מבחני המידתיות) אינם דווקנים אלא גמישים ומאפשרים מתחם מידתיות כדי שהנורמה תעמוד בדרישת המידתיות. טוענת שהחוק לא עומד במבחן המידתיות השני שהוא שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה.**תוצאה-** העתידה נדחית. |
| חורב נ' שר התחבורה | החלטת שר התחבורה לסגור את רח' בר אילן בשבתות וחגים בטענה לפגיעה בחופש התנועה מול פגיעה ברגשות דתיים מטעם פקודת התעבורה. | ברק – גם סעיפים הנהנים משמירת דינים נבחנים ברוח מבחני פסקת ההגבלה. מדוע? 1) מעמדו של חו"י מקרין על כל חלקי המשפט. 2) התנאים בה הולמים את כל הנורמות המשפטיות. הוא משתמש בסופו של דבר בפסקת ההגבלה. **תוצאה-** נפסק כי הצו עומד בפסקת ההגבלה. הוכרע לטובת חופש התנועה. |
| האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת | התפשטות הקורונה הובילה את הממשלה לאמץ אמצעים חריגים במטרה לנסות ולקטוע את שרשראות ההדבקה. אחד האמצעים היה איכון טכנולוגי העומד לרשות השב"כ שלם ביצוע חקירה אפידמיולוגית. כתוב בסעיף 3(ב) לחוק שצריך לוודא שאין כל חלופה אחרת. | חיות - ניתן יהיה בנסיבות מסוימות להסתפק בחלופה שהיא לא שוות ערך להגשמת המטרה על מנת להגן על הזכות הנפגעת.**תוצאה-** החוק **נותר בתוקף** אךבכפוף לתיקונים שיבטיחו פגיעה מידתית יותר בזכות לפרטיות. |
| מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל | עתירה נגד בניית גדר הפרדה. פוגעת בקניין ובתנועה של החקלאים הפלשתינאים באזור לעומת אינטרס ציבורי שהוא שלום הציבור לביטחון. | ברק - דן במבחן המידתיות השלישי שהוא התועלת לביטחון שלא עולה מול הנזק לפרט. האם התוספת של התועלת (ביטחון) עולה על התוספת של הנזק (לערבים). נשיג את האינטרס (ביטחון), בצורה פחות טובה כדי להגן על הזכות (קניין)- הוא האמצעי המידתי (מבחן שני).**תוצאה-** ביהמ"ש קבע שהאמצעי אינו מידתי. |
| א.ס.ף - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל נ' הכנסת | תיקון 3 לחוק למניעת הסתננות מאפשר כליאה עד 3 שנים למסתננים שהוצא נגדם צו גירוש ע"י שר הביטחון. הטענה היא כי החוק עומד בסתירה לחו"י כבוד האדם וחירותו. | ארבל - קובעת שכליאת המסתננים לא מוצדקת כיוון שקיים אמצעי חלופי להגשמת התכלית שיפגע פחות בזכויות אדם- גדר. במצב שבו הפגיעה בזכות לחירות היא כל כך קשה, המבחן השני דורש מהמדינה למצוא אמצעי חלופי ופוגעני פחות, גם אם אמצעי זה לא יביא את אותה התועלת. **תוצאה-** בג"ץ ביטל את הסעיפים המרכזיים בחוק, כוללכליאה של שנה ולשהות ממושכת במתקן חולות, אך נתן למדינה 90 יום לתקן את החוק. פסיקה זו חיזקה את ההגנה על זכויות האדם של מבקשי מקלט בעזרת פתרון מידתי יותר. |
| פלוני נ' מדינת ישראל  | חוק פוטר את המדינה מאחריות נזיקית בשטח אויב.  | סולברג – מבחן המידתיות השלישי הוא מבחן קשה ליישום, בניגוד לשני המבחנים הראשנים. הוא מבחן בעל אופי ערכי מובהק.נאור - מאחר שהחוק מבוסס על שיקולים ביטחוניים ולוגיסטיים משמעותיים, הפגיעה נחשבת מידתית.**תוצאה** – החוק חוקתי ופגיעתו מידתית. |

**3.1.2 דרישת ההסמכה**

**פגיעה בזכויות יסוד/אורן גזל**- ישנן 3 גישות להסמכה: הסמכה מפורשת, הסמכה כללית וגישת תכלית החוק. לפי גזל כשהפגיעה אינה יסודית (קלה) ניתן לשאוב הסמכה מתכלית החוק בעוד כאשר הפגיעה עקרונית (קשה) יש צורך בהסמכה מפורשת. יתרה מזאת, כאשר בוחנים חקיקת משנה של הממשלה יש לדרוש הסמכה מפורשת נוקשה יותר מאשר שבוחנים חקיקת משנה של הכנסת.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| מיטרני נ' שר התחבורה | עתירה נגד הוראות משרד התחבורה המגבילות את יכול העותרים לעסוק בבקשות לבדיקה ורישוי רכב. | שמגר – חקיקת משנה הפוגעת בזכויות אדם צריכה הסמכה מפורשת מחקיקה ראשית ולא מספיקה הסמכה כללית.**תוצאה -** העתירה מתקבלת כיוון שנעשו ללא סמכות. |
| המפקד הלאומי נ' היועמ"ש | הרשות השנייה מחליטה שלא לשדר תשדיר של חברה פרטית בטענה שמדובר בנושא פוליטי שנוי במחלוקת. | בייניש (מיעוט) - דרישת ההסמכה מתחזקת ככל שהזכות שחובה והפגיעה בה היא חזקה יותר. 3 תנאים מצטברים לפגיעה בזכויות ע"י חקיקת משנה: 1) ההסמכה תהיה בחקיקה ראשית 2) על ההסמכה להיות מפורשת 3) על ההסמכה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.לסיכום - כשהפגיעה אינה יסודית (קלה) ניתן לשאוב הסמכה מתכלית החוק בעוד כאשר הפגיעה עקרונית (קשה) יש צורך בהסמכה מפורשת.**תוצאה –** העתירה נידחת. הגבלה זו מהווה פגיעה מידתית ומוצדקת בחופש הביטוי. |

**3.1.3 הלימה לערכי המדינה**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| דיזיין 22 נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת טבקה נ' משטרת ישראל | בחינת חוק שעות עבודה ומנוחה בשבת (בעוד מוענק היתר לחלק מהמקומות) הפוגע בחו"י: חופש העיסוק לעומת הלימה לערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית | ברק - ערכי המדינה לא מצוינים בפסקת ההגבלה איך נמצאים בפסקת המטרה – יהודית (היבט ציוני והיבט דתי) ודמוקרטית (שלטון העם ושלטון ערכים דמוקרטים).**תוצאה –** העתירה נדחית. הסמכות להעניק היתרי עבודה בשבת צריכה להיעשות לפי אמות מידה ברורות. לא מצאו לנכון להתערב בהחלטת משרד העבודה במקרה זה. |
| חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר | הפרטת בתי הסוהר. הטענה היא כי החוק לא הולם את ערכיה של המדינה. | בייניש - רק בנסיבות חריגות יהיה ניתן להכריז על אי חוקיותו של חוק עקב פגיעה בערכי המדינה כדמוקרטית. יש צורך בפגיעה חמורה ומובהקת, ולפיה, החוק נופל בהלימה לערכי המדינה.**תוצאה –** החוק בוטל. |

**3.1.4 תכלית ראויה**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת | הותקף חוק טל לראשונה. טענו כי החוק מפלה לרעה את שאר אזרחי ישראל, במיוחד את אלו שמחויבים בגיוס חובה. | ברק - בוחן את התכלית לחוק טל כך: 1) מאפייני התכלית- אמות המידה המצדיקים פגיעה בזכות אדם. האם המטרה החברתית עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה. 2) מידת הצורך בהגשמתה- משתנה בהתאם למטרה החברתית המבוקשת. \*הרתעה אינה תכלית ראויה. |
| שטיין נ' המפכ"ל | עתירה כנגד סגירת בית קפה מטעמים ביטחוניים (התכנסות פעילי ימין קיצוניים). חופש העיסוק לעומת ביטחון המדינה. | ברק - קובע שהתכלית ראויה בעזרת האיזון האנכי מאחר שיש קירבה לוודאות בלבד פגיעה וחומרתה- סיכון לפגיעה ממשית עוצמתית. ורק אז בוחן אותה במבחני המידתיות, וקובע שהפעולה הייתה לא מידתית. **תוצאה -** העתירה נדחית. המשטרה פעלה במסגרת סמכויותיה ואין כל חלופה אחרת. |

**3.1.5 שאלות נוספות**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| נושא | פס"ד | עובדות | הלכה |
| התנגשות בין זכויות (או עקרונות חוקתיים) | פלונית נ' בית הדין למשמעת | תלונה להטרדה מינית בבית הדין למשמעת. עתירה נגד החלטה לא לאפשר למתלוננת להעיד בנוכחות מלווה ודחיית בקשתה לראות פרוטוקולים מעדות המשיב. | דורנר - נורמה מיוחדת מבטלת נורמה כללית. החוק הספציפי שהוא הפומביות (חו"י: השפיטה)- גובר על החוק הכללי שהוא פרטיות (חו"י: מכבוד האדם). אין זכות לפרטיות בדיון משפטי.ברק - נדרש איזון אופקי בין הזכויות (פשרה). פרטיות יכולה להיות קיימת גם בדיון משפטי, לא נכריז על נורמה כדי לא לפגוע בזכויות באופן גורף. הפתרון יהיה בחקיקה ובפרשנות אליה. כדי לפגוע בכל אחת מהזכויות יהיה צורך בחוק העומד בפס' ההגבלה.**תוצאה –** העתירה מתקבלת. |
| שמירת דינים ומעמדה | גנימאת נ' מדינת ישראל | גנימאת מואשם בגניבת רכב ונעצר על פי סדר הדין הפלילי שקדם לחו"י: כבוה"א. | ברק (רוב) - חוקי היסוד לא מבטלים אלא משפיעים על אופן פרשנות הדין הישן ברוח חו"י- בדין פלילי שמירה על זכויות אדם.חשין (מיעוט) - שמירת הדינים רלוונטית גם לפרשנות- שמירה מוחלטת על הדין הישן. **ההלכה -** חו"י כבה"א משפיע על פרשנות חוקים שקדמו לו.  |
| אבו ערפה נ' שר הפנים | עתירה נגד שלילת תושבות של תושבי מזרח ירושלים בשל בחירתם לפרלמנט הפלסטיני מטעם חמאס (ס' 11 ב' לחוק הכניסה לישראל). | פוגלמן (רוב) - לשר אין סמכות. זהו הסדר ראשוני שיש לחוקק. עוקף את שמירת הדינים על ידי חיקוק חדש שלא ייהנה משמירת דינים.הנדל (מיעוט) - חיקוק מחדש ירוקן את סע' שמירת הדינים מתוקף ואין לעשות זאת.**תוצאה –** העתירה מתקבלת. |

**3.1.6 תוצאת הפגם החוקתי**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים | העותרת טוענת כי במהלך התקופות שבה לא הייתה הוראת שימור הדינים בתוקף פקעה מאליה שורה של חיקוקים העומדים בסתירה לחו"י, וביניהם סעיפים בפקודת העיתונות העוסקים בדרישת רישוי ורישום כתנאי להדפסת עיתונים והוצאה לאור. | גולדברג - מראה כיצד כל מודל של ברק (מוחלטת, נפסדות ויחסית) מוביל לדחיית העתירה.זמיר - מעדיף את הבטלות היחסית- גמיש יותר. מודל הבטלות לא שמיש ללא חריגים גם ככה. **תוצאה** – העתירה נדחתה |
| גניס נ' משרד הבינוי והשיכון | החוק נתן הטבה לקוני דירה בירושלים וחוק ההסדרים ביטל אותו רטרואקטיבית, בקשה להפריד בין אלו שהסתמכו על החוק לבין אלו שלא. | חשין וברק (רוב) - יש להשתמש בעיקרון העיפרון הכחול ולהפריד בין מי שהסתמך על ההטבה למי שלא (בטלות מסוג נפסדות). מדגיש כי לא מדובר בחקיקה שלילית וזה עדיף מלבטל לגמרי את החוק- קרוב יותר לרצון המחוקק. ברק מסכים ואומר שזה ייעשה על ידי פרשנות של החוק ("אונס את החוק").מצא וריבלין (מיעוט) - אין לעשות "חקיקה שיפוטית". פרשנות כזו חורגת מלשון החוק ואינה אפשרית, יש לבחון את החוק לפי פסקת ההגבלה.**תוצאה -**  העתירה התקבלה, נעשית הפרדה בין מי שהסתמך למי שלא. |
| נסר נ' ממשלת ישראל | ניתנו הטבות מס ליישובים במרחק מסוים מהגבול אך לא ניתנו ל3 ישובים ערביים באותו מרחק. | בייניש - מאחר ואין קריטריון קשיח לאיזה ישובים יינתנו ההטבות, משתמשת בדוקטרינת ההרחבה- "קריאה אל תוך הסדר**"** כדי לכלול את אותם ישובים ערבים שהופלו שלא לצורך- פגיעה בשוויון כחלק מחו"י: כבוד האדם.**תקדים –** הרחבת החוק כדי שיהיה חוקתי- קריאה לתוך הסדר. לא הוגש צו לתיקון חוק (חובה על הממשלה להגיש הצעת חוק לתיקון הפגמים לא לביטול). מחשש לביזוי בימ"ש באי ביצועו. |
| ליאת משה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים | עתירה נגד חוק תרומת ביציות שלא מאפשרת השתלת ביצית מופרה. | חיות - משתמשת ב"קריאה אל תוך הסדר" כדי להוסיף סע' לחוק שיקנה לוועדת חריגים סמכות לקבועה חריגים לבקשות, במטרה להימנע מ"חלל חקיקתי". ביטול החוק- לעומת קריאה לתוך החוק (ביהמ"ש מוסיף לחוק כדי שיהיה חוקתי). דעת חיות מרחיקת לכת אף יותר מבנסר- הרחבת תכולת החוק לעומת הוספת פרטים.**תוצאה –** העתירה נדחתה. |
| ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל | מוגשת עתירה כנגד המציאות שבה ליצמן מכהן כסגן שר אך בעצם אוחז בכל הסמכויות של שר. | רובינשטיין - מוסד של סגן שר בעל סמכות מלאה של שר זה מוסד שקרוב להגיע לקצה גבול האפשר. ניתנה אזהרה מפני ביטול המשרה הזו. \*בחלק מהמקרים לא דובר על סעד לאחר קביעה שהפעולה השלטונית אינה חוקתית, אלא בסעד צופה פני עתיד. (סעד נוסף- התראת בטלות). **תוצאה –** ביהמ"ש העליון קבע שהמנהג של מינוי סגן שר במעמד שר אינו חף מקשיים, והביע "התראת בטלות" למקרים דומים בעתיד. העתירה נדחתה. |

**2 3. זכויות אזרח במשפט הפרטי (15)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ | בית יולס מתקשרת עם חברה שלא השתתפה במכרז (ציבורית). במחוזי התביעות נדחו, בעליון יולס חויבה לשלם הוצאות מכרז וד"נ חזר למחוזי. | אלון (רוב) - אין להחיל את עקרון השוויון על המשפט הפרטי מטעמי פטרנליזם ולהגדיר מה הייתה ציפיית הצדדים. הצדדים לא "הושלו" שיהיה שוויון- ולכן לא נהגו בחתו"ל. ברק (מיעוט) - השוויון חל כאן מאחר וזו הייתה ציפיית הצדדים: 1) קונסטרוקציה חוזית- אדם משתתף במכרז בידיעה שאם יציע את ההצעה הגבוהה ביותר יזכה. 2) קונסטרוקציה טרום חוזית- במכרז, תו"ל = שוויון (עקרונות שונים אך אינם נוגדים) בתחולה עקיפה. סטנדרטים אובייקטיבים.**תוצאה -** העתירה נדחית. \*תחולה אופקית עקיפה- האם החובה לנהוג בשוויון במשפט ציבורי חלה על משפט פרטי? לדעת ברק במיעוט כן. |
| חברה קדישא נ' קסטנבאום | סירוב לכיתוב לועזי על המצבה. לאחר שנבחן באמצעות תנאי מקפח במחוזי, נבחן בעליון במשפט הציבורי. הוסכם כי מדובר בגוף דו מהותי, המחלוקת בשאלת החובה לכיבוד זכויות אדם במקרה. | ברק (רוב) - גוף דו מהותי בגלל הסמכויות הסטטוטוריות (תנאי לא הכרחי אבל מספק). \*התניה מקפחת אף אם החברה היא גוף פרטי בגלל עקרון תקנת הציבור- תחולה עקיפה.**תוצאה –** התנאי בוטל. |
| פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות | מועדון שמכניס גברים ונשים על פי גיל שונה, טענה לפגיעה בשוויון. | ג'ובראן - השוויון והחירות הם שווי מעמד.דנציגר - במשפט הפרטי, החירות היא הכלל והשוויון הוא החריג. אם רוצים לחייב בשוויון יש לעשות זאת בחקיקה ולא דרך תחולה עקיפה. הוא לא מסכים לבצע תחולה עקיפה. נפסק שבמקרה זה עקרון השוויון אכן חל על המשיבה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים וכניסה למקומות ציבוריים.**תוצאה -** נפסק שמועדונים אינם רשאים להפעיל מדיניות המפלה על בסיס מגדר. |

**3.3 כבוד האדם (16)**

**שני מושגים של כבוד\ דני סטטמן-**כבוד כיחס מוסרי- גישה זו מבוססת על האתיקה של קאנט לפיה אין להשתמש באדם כאמצעי אלא כתכלית. לאדם יש יכולת בחירה וזכותו לחיות חיים אוטונומיים.
כבוד כיחס לא משפיל- כל פעולה שמורידה את ערכו של אדם בעיני עצמו ובעיני זולתו. סטטמן מעדיף את הכבוד כיחס לא משפיל. כיוון שכבוד כאוטונומיה הוא רחב מדיי ולא נותן פתרון קונקרטי.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| קטלן נ' שירות בתי הסוהר | שב"ס מבצע חוקן באסירים ששבים מחופשות במטרה לאתר הברחת סמים. השאלה המשפטית היא האם אפשר לבצע חוקן באסירים ללא הסמכתם? ביהמ"ש אומר כי ביצוע חוקן פוגע בשלמותו הגופנית של האסיר ופוגע בכבוד האדם- פגיעה באמצעות השפלה. | כהן -רק המחוקק הראשי יכול להתיק לבתי הסוהר את השימוש בבדיקה זו. פגיעה בכבוד האדם שתוכל להשפילו תיעשה רק אם יש וודאות גבוהה לעבירה ושהפגיעה בכבוד היא סבירה ונחוצה. לנדוי - רק המחוקק הראשי יכול לפגוע ע"פ שק"ד, אין להורות למחוקק כיצד לחוקק**תוצאה -** נפסק כי בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק, לרשויות הכלא אין סמכות לכפות חוקן על אסיר בניגוד לרצונו. |
| דעקה נ' בית החולים "כרמל" | דעקה צריכה לעבור ניתוח ומחתימים אותה על כתב הסמכה כשהיא הייתה מעורפלת. ביהמ"ש פסק כי אי קבלת ההסכמה פגעה בזכות יסודית של דעקה לאוטונומיה שמעוגנת בזכות לכבוד. | אור - ע"פ מבחן האדם הסביר, מכריע כי הייתה מסכימה לעבור את הניתוח בהתאם לנסיבות ולכן מתערער הקש"ס בין העוולה לנזק. ממשיך יתר על המידה לבחון את המקרה גם ברמה החוקתית- האוטונומיה היא חלק מכבוד האדם.**תוצאה** **-** בית החולים התרשל בטיפול הרפואי, אך נדחתה טענת התובעים לגבי סיבת המוות, משום שלא הוכחה קשר סיבתי בין הרשלנות לבין התוצאה |
| לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה | לא מאפשרים לעו"ד העובדים בשירות המדינה לציין את היותם עו"ד במסמכים רשמיים. | לוי - אין פגיעה בחופש העיסוק. יש פגיעה בזכות לכבוד. הפגיעה לא קשה ואין פגיעה בגרעין הזכות – שהיא השפלה, בעיקר כי האיסור אינו גורף וקיים רק במסגרת העבודה.**תוצאה –** העתירה נדחית. |
| עדאלה נ' משרד הרווחה | הפחתת קצבאות לילדים לא מחוסנים. ההחלטה פוגעת באוטונומיה של ההורים לבחירה. | ארבל - שני מבחנים לפגיעה באוטונומיה:1. מהות הבחירה הנשללת. 2. מידת השלילה והכפייה- חומרת הסנקציה והשלכותיה. אצלנו, גם אם הראשון מתקיים- התכלית מהותית, השני לא מאחר ויש לראות בחוק תמריץ חיובי המעניק תוספת למחסן ולא תמריץ שלילי המפחית ממי שלא.**תוצאה –** העתירה נדחית |
| התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת | מדובר על חוק טל. | חשין (מיעוט) - עונה לסולברג (המתייחס לפגיעה בכבוד כאי השפלה) על השאלה האם אי גיוס מוביל לפגיעה בכבוד של שאר החברה בשלילה- גם מטעמים של כבוד כפגיעה באוטונומיה. במקרה הנוכחי לא התרחשה פגיעה בכבוד האדם. (החוק אמנם נפסל בפס"ד זה מטעמי אי שוויון). |

**3.4 זכויות חברתיות (17)**

**גיא מונדלק, זכויות חברתיות:**

במאמר עולות טענות מדוע לא לעגן זכויות חברתיות בחוקה ונותן מענה לטענות אלו. הטענות תומכות בכך **שלא ניתן להכיר בזכויות חברתיות כזכויות על-חוקיות הנותנות כוח בידי ביהמ"ש לפסול חוקים/תקנות/החלטות מנהליות**:

1. נחיתות הזכויות נובעת מהיותן זכויות חיוביות שמימושן בעייתי לעומת זכויות אזרחיות-פוליטיות שהן שליליות.

2. הזכויות החברתיות לוקות בעמימות יתר.

3. עיגון הזכויות החברתיות בחוקה יחייב את ביהמ"ש לביקורת שיפוטית שתפגע בהפרדת הרשויות.

**3 טענות אינן פוסלות את תוקפן המוסרי של הזכויות אלא את ביהמ"ש כרשות המתאימה לאכיפתן.**

**המחבר מנסה להתמודד עם טענת כשירות המערכת השיפוטית לדון בסוגייה:**

1. **ההבחנה הקלאסית בין זכויות שליליות וחיוביות מיטשטשת בכל הנוגע ליישמן:** נכון הדבר גם לגבי זכויות אזרחיות-פוליטיות וזכויות חברתיות (החובה לממש עמומה יותר מהחובה לא לפגוע).
2. **לדעת המחבר לוקות הזכויות החברתיות באותה מידת עמימות בה לוקות הזכויות האזרחיות-פוליטיות.** פרשנות מושגים עמומים אינה בגדר מלאכה לא מוכר למערכת השיפוטית. מושגים עמומים כמו תו"ל, סבירות ורשלנות זכו אף הם לפרשנות. אם ביהמ"ש התמודד עם עמימות הזכויות אזרחיות-פוליטיות, יוכל להתמודד עם החברתיות.
3. **הפרדת רשויות ויכולתו המוסדית של ביהמ"ש לטפל בזכויות חברתיות:**
4. לביהמ"ש אין את הכלים לקביעת מדיניות ציבורית הנדרש למימוש זכויות אלו. בחינת עובדות חברתיות לעומת עובדות היסטוריות- אין ספק כי לביהמ"ש מיומנות גדולה יותר בבחינת השני על פני הראשון. אך אין להפריד בקושי זה, לביהמ"ש כלים מסורתיים להערכה שיפוטית ע"פ מקור העובדות ולאן דווקא תוכנן.
5. המימוש פוגע בהפרדת הרשויות (חשש מהפיכת ביהמ"ש לרשות ערעור על תקציב המדינה). מימושן של זכויות אזרחיות-פוליטיות כבה אף הוא עלויות ע"פ פסיקת ביהמ"ש- העובדה כי להחלטות שלא לפגוע בזכויות חברתיות יש השלכות תקציביות, **אין בה כדי למנוע התערבות שיפוטית.**

**על כן, לדעת הכותב, מעורבות ביהמ"ש אינה אספקט שלילי.**

מעמדן של הזכויות החברתיות:

**שלב ראשון: סירוב להכיר במעמד החברתי של הזכויות החברתיות**

ברק מציג 3 גישות אפשריות:
1. **גישה מצמצמת-** גישה זו מפרשת את הזכות לכבוד כזכות פרטיקולרית- זכות למניעת השפלה.
2**. גישה מרחיבה-** מפרשת את הזכות לכבוד כזכות שכוללת את כל זכויות האדם (גם חברתיות וגם אזרחיות-פוליטיות).
3**. גישת ביניים-** כוללת את הזכויות אזרחיות-פוליטיות בתוך זכות לכבוד אבל לא את הזכויות החברתיות.

**ברק בוחר באפשרות השלישית-ביניים.** הזכות לכבוד לא כוללת חינוך, דיור ובריאות..

**הוא מציג את כל הגישות כדי לרתום תמיכה בגישתו** אך לא באמת שקל את הכנסת הזכויות החברתיות.
עמדה זו משפיעה על פסיקת השופטים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| גמזו נ' ישעיהו | אדם שנתבע ע"י אשתו ובתו לשלם חוב מזונות בהוצאה לפועל, לאחר שהתחמק ממילוי חובתו במשך שנים ארוכות. הנתבע ביקש לקצוב את התשלום כך שלא יפגע בזכותו לתנאי מחייה מינימליים. | ברק - הזכות של כל אדם לקיום מינימאלי היא חלק אינטגרלי מההגנה החוקתית שמעניק חו"י: כבה"א. **תוצאה -** ניתן להורות על קציבת תשלום החוב. |
| עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר | בחוק ההסדרים במשק המדינה נכללו תיקונים לחוק הבטחת הכנסה שצמצמו את הגמלאות המוקנות. הטענה הינה כי הצמצום מפחית את הגמלאות מתחת לרף המינימלי ובכך נפגעת זכות מקבלי הגמלאות לקיום בכבוד. | ברק - הזכות לקיום מינימאלי היא חוקתית (במובן חיובי ושלילי כאחד) אך אין לקרוא לתוכה יותר משהיא יכולה לשאת. אין הוכחת פגיעה בראיית התמונה הגדולה (קיום קצבאות נוספות) ולכן לא נאכפת במקרה זה. מכירים בזכות, נותנים רף גבוה (לא אפשרי) להוכחה. לוי - כבוד אינו רק מניעת מחסור קיומי אלא גם תנאי מחיה נאותים. הגמלה הוא כלי עיקרי ואין לשלול ביקורת שיפוטית ולרוקן את הזכות מתוכן בטענה שהיא עמומה, אולם מתקשה לקבוע סעד מספרי (מזכיר את המהפכה במזרחי בה הכירו בזכות לכבוד כחוקתית).**תוצאה** – התאמת הגמלאות לתנאי המחייה והשוויון בין האזרחים. |
| חסןואח' נ' המוסד לביטוח לאומי | חוק ביטוח לאומי קובע כי מי שמחזיק ברכב לא זכאי להבטחת הכנסה. העותרים טוענים לפגיעה בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד. | בייניש - צריך להפעיל את אותו מודל גם כשמדובר בזכויות חברתיות וגם כשמדובר על זכויות אזרחיות ופוליטיות. ביהמ"ש פוסל בפעם הראשונה ס' לחוק בשם זכות חברתית. הכרה בזכות לקיום מינימלי כגרעין חשוב מהזכות לכבוד. **החידוש -** ביהמ"ש מבטל את הלכת עמותת מחויבות לשלום שאומרת שצריך בדיקה פרטנית. (יש קושי בהסדרים גורפים כי הם לא מתחשבים במצב הפרטני של כל אדם). |
| רובינשטיין נ' הכנסת | במסגרת חוק מוענק פטור לימודי ליבה לחרדים. הטענה היא כי יש לבטל את החוק כי הוא פוגע בכבודם של התלמידים בעתיד כשינסו להשתלב בחברה. | גרוניס - זה לא מביא להם הזדמנות לעבוד וזה פוגע בכבוד שלהם, אוטונומיה. אין להם כלים להתמודדות. גרוניס אומר שאלו זכויות חברתיות, הוא מצמצם אותם. לא כל אחד חייב לקבל אותן. המדינה מחויבת לחינוך אבל השאלה מהו- לחרדים זה לא בהכרח כולל לימודי ליבה.**תוצאה –** העתירה נדחית. |

**3.5 חופש העיסוק (18)**

**3.5.1 רציונל ומגמה**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| בז'רנו נ' שר המשטרה | הסדר משני שמונע מאנשים לעוסק בעבודתם כרשמיי רישיונות. טוענים לפגיעה בזכותם לעסוק במשלח ידם. | חשין - הכרה בזכות לחופש העיסוק לפי חקיקת "חוק יסוד חופש העיסוק".**תוצאה –** ביטול ההסדר המשני. |
| איגלו חברה קבלנית נ' שר המסחר והתעשיה | איסור על איגלו לייבוא חומרי בניין מרוסיה. | דורנר - הרציונליים העומדים בבסיס חופש העיסוק: אוטונומיה- עניינו של אדם להתפרנס ולהגשים את עצמו.פרנסה- הזכות לפרנסה והגשמה עצמית. בהתנגשות בין חופש העיסוק לבין אינטרס אחר נאזן ביניהם לפי מידת הפגיעה ועוצמת הפגיעה. התנגשות פרנסה עם אינטרס קידום כלכלת המדינה – מבחן הודאות הסבירה לפגיעה ממשית. התנגשות האוטונומיה – מבחן ודאות קרובה לסכנה חמורה. |

**עלי זלצברגר וסנדי קדר- המהפכה השקטה**:

ביקורת על פס"ד מנהלי השקעות- פס"ד עם גוון אידאולוגי חברתי כלכלי שמכן על קבוצה חזקה על חשבון רוב שזקוק להגנה על נכסיו. הכותבים אומרים שזאת בחירה לא מוצלחת במקרה כדי לבסס את סמכותו של ביהמ"ש לביקורת משפטית.

**מימוש המהפכה החוקתית- פס"ד יועצי השקעות:** פס"ד ראשון של העליון שבו בוטל חוק של הכנסת כנוגד את מגילת הזכויות החדשה.

**טענות העותרים:** חלק מההוראות בחוק הסדרת ייעוץ השקעות סותרות את הזכות לחופש העיסוק, ומכיוון שהחוק נחקק לאחר חו"י: חופש העיסוק, דין הוראות אלו להיפסל. **המחלוקת הייתה אם הפגיעה מוצדקת לפי פסקת ההגבלה.**

**ביהמ"ש דילג על שלב הדיון המעמיק והתמודדות עם היקף זכות מוגנת. הוא עבר לדון מיד בפסקת ההגבלה בדומה לפרשת בנק המזרחי.**

ברק דחה את העתירה בנוגע לתנאים החדשים, אך קבע שחלק מהוראות המעבר לא עומדות בפסקת ההגבלה. **קשה להבין מניין שאב ביהמ"ש את ההבחנה בין עוסקים ותיקים מאוד לוותיקים טריים.** הכנסת קבעה בצורה ברורה (ותק של 7 שנים). ההחלטה הרטרואקטיבי של החוק על אנשים שעסקו בתחום זה בעבר ואף פחות מ7 שנים, לפי ברק לא רק פגיעה בציפייה של העוסקים אל גם בזכות לחופש העיסוק ואף בזכות הקניין.

נראה כי קביעה זו ביהמ"ש מקדם את המבנה המדורג של זכויות מוקנות. התפיסה החברתית העולה מקביעה זו היא תפיסה היררכית המקדשת את הותק על מעבר לתכלית החקיקה שיודעה- לקדם אינטרסים פרטיים וציבוריים חשובים.
ראוי לציין, כדי לצד פסק דינו של הנשיא, נכתבה גם חוו"ד של דורנר. על אף שהשופטת מצטרפת למסקנות הפס"ד, מחוו"ד עולה חוסר ננחת מדרך ההנמקה של הנשיא. ראשית, היא מציינת כי ראוי שביהמ"ש יאמץ דרגות בדיקה שונות באשר למילוי תנאי פסקת ההגבלה. שנית, מציינת שגם במסגרת חופש העיסוק ראוי לאמץ רמות בדיקה שונות, המותאמות לערכים ולאינטרסים הנפגעים במקרה הספציפי.

**לדעת הכותבים בדבריה הסתייגות מבחירת הסוגייה של תקופת הפטור של מי שעוסק בייעוץ השקעות כפריט היחידי שביהמ"ש בחר לפסול מכלל הוראות החוק. והסתייגות מכך שזוהי הפרשה הראשונה שאיתה בחר ביהמ"ש לפסול חוק מתוקף מגילת הזכויות. לדעת הכותבים, ביהמ"ש העליון ביצע מהלך מחושב שמטרתו העיקרית היא ביסוס סמכותו לבצע ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים.** ולכן בחר במקרה קל ושלי שלא יעורר סערות ציבוריות והתנגדות מהרשות המבצעת והמחוקקת.

**3.5.2 היקף**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| לם | בנוגע למאבחנים דידקטיים | דורנר - יש פגיעה מהותית בחופש העיסוק, שלא עומדת בפסקת ההגבלה - אין הסמכה, לא נעשו הוראות מעבר.ברק - הזכות לחופש העיסוק היא הגנתית ולא אקטיבית למעט כשמדובר במונופול, ואז חופש העיסוק הוא גם החופש להיות מועסק- אין עוד מי שיוכל להעסיק אותם חוץ ממשרד החינוך**תוצאה –** העתירה מתקבלת. |

**3.6 שוויון (19-18)**

**3.6.1 השוויון האריסטוטלי וחולשותיו**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| מילר נ' שר הביטחון | לא מקבלים אישה לקורס טייס משיקולים "תכנוניים". | מצא - השונות יכלה להיות רלוונטית אם היו מוכיחים זאת. כיוון שלא הוכיחו קשר בין האמצעי למטרה שהיא חיסכון בכסף – זה חוסר שוויון. היינו יכולים להסתמך על הסתברות והשערות אם לא היה מדובר ביסוד הטעייתי וחשד לשוביניזם ולדעות קדומות. דורנר - ע"פ מבחן הרלוונטיות: 1. האם שיקול מין רלוונטי? 2. האם מוצדק בנסיבות העניין? מנציח סטריאוטיפ – הטובים לטייס לכן זו השפלה ופסול.יש כאן השפלה ופגיעה בנשים ופגיעה באינטרס הציבור שהוא בכלל הטייסים הטובים ביותר בעלות הנמוכה ביותר- פוטנציאל מבוזבז לחברה ופגיעה בשוויון האריסטוטלי.שטרסברג-כהן - חיסכון כספי אינו הצדקה מספקת לפגיעה בשווין. שונות רלוונטית = שונות הגורמת קשיים אמתיים. גם שונות לא רלוונטית מתחלקת לניתנת לנטרול ולא ניתנת לנטרול- יש לעשות זאת במחיר סביר. מטעמי שוויון הזדמנויות.הדבר לא עומד במבחני המידתיות- נראה כי מערכת הביטחון עצמה אומרת שאין פגיעה ממשית בביטחון ולנזק ממשי ואף לא אפשרות סבירה לפגיעה ממשית. הקשיים הם טכניים וכלכלים על פתיחת קורס טיס נוסף.**תוצאה –** העתירה התקבלה |
| עדאלה נ' שר הפנים | חוק האזרחות הוכח כפוגע בביטחון המדינה ולכן נקבע חוק הוראת שעה המונע התאזרחות של יושבי השטחים. שופטי המיעוט סבורים שיש לקבל את העתירה (פגיעה בחיי המשפחה והשוויון של האזרח הישראלי). | ברק (מיעוט) - השוויון נפגע ולא עומד במבחן המידתיות במובן הצר- תועלת מול נזק (בדיקה ביטחונית קפדנית הייתה שומרת על הזכות תוך פגיעה מינימלית באינטרס). |
| יקותיאלי נ' השר לענייני דתות | עתירה כנגד סעיף בחוק התקציב המבטיח הכנסה לאברכים שלומדים בכולל. | בייניש - יש הכרה בזכות לתרבות כנגזרת מהזכות לאוטונומיה. היא כן מדברת בשפה של זכויות אבל לא עושה את הקישור והחיבור לרעיון של חופש דת- החיבור בין דת לתרבות**תוצאה -** בג"צ קבע כי ההסדר לתשלום גמלת הבטחת הכנסה לאברכים פוגע בשוויון וכי הסעיף בחוק בתקציב לא ייכלל בחוק התקציב הבא. |
| עדאלה נ’ הכנסת | תיקון לחוק ביטוח לאומי הקובע כי במקרה שקטין הורשע בעבירת ביטחון חמורה ונגזר עליו עונש מאסר- ישללו מהוריו קצבאות המשולמות עבורו למשך תקופת מאסרו. | סולברג - יש להבחין בין סוגים שונים של פגיעה בשוויון. פגיעה בשוויון תוכר רק כאשר יוכח כי נעשתה הבחנה על בסיס סיווגים חשודים. לפיכך, החוק אינו מבחין הבחנה חשודה בין יהודים לערבים במבחן התוצאה. לכן לא הוכחה פגיעה בזכות חוקתית. **תוצאה** – החוק פוגע בזכויות סוציאליות, אך הפגיעה מידתית ולכן הוא נשאר תקף |

**3.6.2 שוויון הזדמנויות**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה | דיילי אוויר חייבים לפרוש בגיל 60 לעומת דיילי קרקע שיכולים לפרוש בגיל 68.  | זמיר - ישנם איסורי הפליה קלאסיים המופיעות במגילת העצמאות ומגילות זכויות אדם-דת, גזע ןמין... אולם הרשימה אינה סגורה. היא מתרחבת בהתאם להתפתחות המודעות הציבורית בדבר הצורך להגן על קבוצות שונות באוכלוסייה. הפליה היא יחס שונה כלפי שווים, אז גם ידוע כי בני אדם אינם שווים.לפיכך, יש לומר שהפליה, מבחינה משפטית, היא יחס שונה כלפי השווים מבחינה משפטית.מי אלה?קבוצת השוויון- החובה לנהוג בשוויון תלויה בהגדרת הקבוצה לצורך אותו עניין. גבולות הקבוצה אלו גבולות השוויון.כיצד מתווים את גבולותיה של קבוצת השוויון לצורך עניין מסוים?לעיתים נותן החוק תשובה ברורה ומגדיר קבוצה. היכן שלא, יש לפנות לתכלית החוק, מהות עניין, ערכי היסוד ונסיבות המקרה (=פרשנות).כיצד יש לפרש את החריג שבס'2ג (הפליה כשרה) "כמתחייב מאופיו של התפקיד"? פשוטו כמשמעו, מתחייב, על הדרישה להיות אובייקטיבית. יש לדקדק בדבר: מתחייבת ולא מועדפת.איסור הפליה גם כאשר נוגד שיקולים עסקיים- אל על טוענת כי הופעת צעירים משתלמת לה כלכלית. זמיר היה מקבל טענה זו לו היה מובאים לכך תימוכין. בהיעדרם יש לומר כי השוני מבוסס על סטיגמה ועל מוסכמה בה הורגלנו ועל כן אין הוא רלוונטי.**תוצאה -** עתירתה של אל על **נדחתה** וסעיף גיל הפרישה שבהסכם הקיבוצי מבוטל בהיותו נוגד תקנת ציבור. |
| מילר | לא מקבלים אישה לקורס טיס משיקולים "תכנוניים" | שטרסברג-כהן - היא לא נוקטת בגישת השוויון האריסטוטלי אלא בגישת שוויון ההזדמנויות- אם יש שוני בין פרטים יש לתת להם נקודת התחלה זהה. על המדינה להבטיח שוויון הזדמנויות בחברה גם אם הוא מצריך תקציב כספי גבוה יותר. לטענתה שווה להוציא כסף כדי להגיע לשווין. שונות רלוונטית- שונות שגורמת לקשיים אמתיים (נכה על כיסא גלגלים). שונות לא רלוונטית- יכול להיות ניתנת לנטרול או איננה ניתנת לנטרול, אם ניתן לנטרל במחיר סביר- יש לעשות זאת.  |

**3.6.3 שוויון כמניעת השפלה**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| מילר | לא מקבלים אישה לקורס טיס משיקולים "תכנוניים" | דורנר – אלמנטים של השפלה קיימים במקרים בהם חוסר שוויון או היחס השונה לשווים מתבצע ביחס לקבוצות מסוימות, כלומר שההבחנה היא בעלת סממנים קבוצתיים כמו דת, גזע ולאום. במקרה כזה נלווה לחוסר שוויון גם ממש של השפלה. זה מעביר יחס של נחיתות והנצחת סטריאוטיפ. במקרים כאלה, אין פגיעה בשוויון במובן החוקתי, אלא פגיעה בשוויון שנלווית אליה פגיעה בכבוד. |
| רקנט | דיילי אוויר חייבים לפרוש בגיל 60 לעומת דיילי קרקע שיכולים לפרוש בגיל 68.  | זמיר - הפלית אדם בשל השתייכות לקבוצה מסוימת פוגעת בכבוד האדם והיא השפלה |

**3.6.4 שוויון כהגנה על קבוצות פגיעות (סיווגים חשודים)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| נסר נ' ממשלת ישראל | ניתנו הטבות מס ליישובים במרחק מסוים מהגבול אך לא ניתנו ל3 ישובים ערביים באותו מרחק. העתירה התקבלה. | בייניש - מאחר ואין קריטריון קשיח לאיזה ישובים יינתנו ההטבות, משתמשת בדוקטרינת ההרחבה- "קריאה אל תוך הסדר" כדי לכלול את אותם ישובים ערבים שהופלו שלא לצורך- פגיעה בשוויון כחלק מחו"י: כבוד האדם.**תוצאה -** תיקון הקריטריונים כך שיחולו באופן שוויוני. |
| ועדת המעקב נ' ראש הממשלה | בפרשה זו נפסלה מפת אזורי עדיפות לאומית שנקבעה ע"י הממשלה.  | ברק - הפליה נקבעת לא רק במחשבה אלא גם באפקט שיש לה בפועל. אם היה נבחר קו גיאוגרפי אחר, היה עדיין ניתן לקיים תכלית של פיצוי הפריפריה כריחוק מהמרכז אבל ללא הפליה.**תוצאה –** המפה נפסלה. |
| פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ | מועדון שמכניס גברים ונשים על פי גיל שונה, טענה לפגיעה בשוויון. | דנציגר - מעבר להגבלה על גוף דו מהותי, גם לכל גוף פרטי שמשרת את הציבור הפליית גברים אסורה כמו הפליית נשים גם אם היא אינה הפליה מתמשכת, שניהם חשובים בשביל לנפץ סטיגמות. מסתייג מתחולה עקיפה - יש לעשות חקיקה ראשית על שוויון במשפט הפרטי, נורמות חלות רק במשפט הציבורי. כאן זה לא בעייתי מאחר ויש חוק האוסר את המקרה דנן. במשפט הפרטי החירות היא ערך יסוד והשוויון הוא חריג (חולק על ג'ובראן).**תוצאה –** העתירה מתקבלת. |
| עדאלה נ’ הכנסת | עתירה נגד ביטוח לאומי שולל קצבאות מהורים של קטין שהורשע בטרור | סולברג (מיעוט) - יש להבחין בין סוגים שונים של פגיעה בשוויון. פגיעה בשוויון תוכר רק כאשר יוכח כי נעשתה הבחנה על בסיס סיווגים חשודים. לפיכך, החוק אינו מבחין הבחנה חשודה בין יהודים לערבים במבחן התוצאה. לכן לא הוכחה פגיעה בזכות חוקתית. |
| עיריית סלואד נ' הכנסת | הבחנה בין בניה בלתי חוקית של פלסטינים לבניה בלתי חוקית של יהודים. | סולברג - ההבחנה בין בניה בלתי חוקית של פלסטינים לבין בניה בלתי חוקית של יהודים היא "הבחנה חשודה" וקובע כי חוק ההסדרה פוגע בזכות חוקתית לשוויון. למרות שיש תכלית ראויה אין להצדיק את הפגיעה בזכותם. **תוצאה-** ניתן מרחב שיקול דעת לרשויות האכיפה בהתאם לנסיבות. |

**3.7 חופש הדת וחופש מדת (20)**

**3.7.1 רציונל**

מה הרציונל? למה בחרנו להעניק לחופש זה הגנה מיוחדת?

מעניקים הגנה מיוחדת לזכויות אלו בגלל שני רכיבים: חשיבות ופגיעות.

1. הגנה על המצפון

מגנים על חופש הדת כי מגנים על חופש המצפון.

* מדוע יש חשיבות רבה לכך שאדם יפעל על פי צו מצפונו?
	+ מניעת כאב וסבל: אם אדם נמנע מלפעול לפי צו מצפונו, הוא עלול לחוות כאב וסבל נפשי, ואף השלכות פיזיות.
	+ כבוד למצפוניסטים: בסוגיה זו יש סיטואציה מבלבלת. מצד אחד, החברה עשויה לראות את האדם כפועל באופן שגוי. מצד שני, יש כלפיו הערכה על דבקותו בעקרונותיו.
	+ תועלת בקיומם: בעולם שבו הגמישות הפכה לערך, מצפוניסטים נחוצים, כי הם משקפים את הצורך בעקרונות ובערכים קבועים.
* האם המצפון הדתי ראוי להגנה חזקה יותר ממצפון שאינו דתי?
	+ המצפון הדתי מצוי במיעוט, וקבוצה שהיא מיעוט חשופה יותר לפגיעה.
	+ מאידך, ניתן להבין את המצפון הדתי באופן ברור יותר בשל שיקוליו האמוניים, לעומת המצפון החילוני, שעשוי להיות פחות ברור ואולי אף פגיע יותר.
* המצפון נפגע בנסיבות בהן מחייבים אדם לעשות מה שמצפונו אוסר עליו.
	+ לרוב, אין הבנה מספקת כלפי המצפון הדתי ולכן קיימת נטייה לפגוע בו.
	+ כשמדובר במצפון, הפגיעה מתקיימת בנסיבות מצומצמות – מדובר בדברים שאדם סבור כי אסור או חובה לעשות, ולא בהעדפות אישיות.
	+ כאשר מדובר בפעולות של צד שלישי, למשל, אדם דתי הרואה אחר אוכל מזון לא כשר – זו אולי פגיעה ברגשותיו, אך לא פגיעה במצפונו.

2. הגנה על הזכות לתרבות

הדת היא דוגמה בולטת לתרבות, שלה חשיבות רבה. תרבות נחוצה למימוש חיים אוטונומיים בעלי משמעות ולביטוי זהותו של היחיד.

* למה התרבות חשובה?
	+ התרבות של אדם היא חלק מזהותו: התרבות היא חלק מהגדרתו של האדם ונחוצה לביטוי זהותו. כאשר הזהות התרבותית נחלשת, זה פוגע בכבודו העצמי של האדם.
	+ התרבות של האדם חשובה למימוש חיים אוטונומיים בעלי משמעות: התרבות מספקת לו אפשרויות בחירה, והיא זו שמעניקה להן משמעות.
* הגנה על התרבות מתבססת על חשיבות ופגיעות.
	+ הזכות לתרבות ניתנת בעיקר למיעוטים, ולא לרוב, שכן הרוב אינו זקוק להעדפה מיוחדת כדי לשמר את תרבותו.
	+ במדינות ליברליות ומפותחות, הדת דומה לתרבות מקיפה המאוימת על ידי תרבות הרוב.
	+ תרבות היא עניינה של קבוצה ולא של יחיד. היא רחבה יותר ממצפון – ולכן הרף לפגיעה בה נמוך יותר.
	+ מספיקה פגיעה בהתנהגויות שנהוג לעשות, ולא רק בכאלה שהן חובה

**3.7.2 היקף ומשקל**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| פסחו גולדשטיין נ' שר הפנים | גיורת מגיור לא אורתודוקסי הגיע לארץ, נישאה לישראלי ומבקשת לקבל אזרחות ותעודת עולה מכוח חוק השבות ולהירשם כיהודייה במרשם האוכלוסין.  | שמגר (רוב) – פקודת ההמרה רלוונטית רק לחוקים דתיים, חוק השבות הוא לא דתי. החלטה של תושב או אזרח להמיר את דתו צריכה להיות חופשית מהתערבות והסדרה של המדינה. השלילה של הזכות להירשם כיהודי ממי שעבר גיור לא אורתודוקסי מהווה פגיעה בחופש הדת. יש פגיעה בתרבות הקבוצה הרפורמית כי הן מיעוט בישראל. טל (מיעוט) - אין פה פגיעה בחופש הדת מאחר שמדובר בצמצום של אפשרות העלייה לארץ הנתונה באופן טבעי להחלטת כל מדינה ריבונית.**תוצאה –** העתירה התקבלה. |
| חורב נ' שר התחבורה | עתירה נגד סגירת רחוב בר אילן בשבת. תנועה לעומת פגיעה ברגשות דתיים.  | ברק - מדובר בפגיעה ברגשות הדתיים = חופש המצפון, זהו אינטרס ולא נכנס לפגיעה בחופש דת כי לא מכריחים אותם לחלל שבת. לאינטרס יש פחות הגנה.**תוצאה** – העתירה התקבלה. יש מקום לאיזון בין אינטרסים דתיים לזכויות הפרט במקרים דומים. |
| שביט נ' חברא קדישא | עתירה נגד תניית בלעדיות הכיתוב בעברית על מצבה. חופש הדת אל מול החופש מדת (שניהם כנגזרים מכבוה"א).  | ברק (רוב) - חופש הדת = חופש המצפון. לא מכריחים את החברה לכתוב בפועל לכן אין פגיעה במצפון. אנגלרד (מיעוט) - לא ניתן לדרג רגשות אישיים. מדובר בפגיעה בחופש הדת של החברה הנובעת מכבוה"א, לכן החופש מדת של העותרים נדחה.**תוצאה** – העתירה נדחית. |
| גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה | עתירה נגד שידור תכנית בשבת בה משתתפים דתיים בטענה לפגיעה בחופש דת, נגד טענה לחופש הביטוי של הרשות.  | ברק (רוב) - מדובר בפגיעה ברגשות הדתיים- מצפון (אינטרס) ולא בחופש דת כי הם לא מחללים שבת בפועל. כדי שזה ידחה את חופש הביטוי, צריך פגיעה קשה וקרובה לוודאית (פשרה לא אפשרית בעניין, לכן עושה איזון אנכי).דורנר (מיעוט) - יש פגיעה בחופש הדת מאחר שזה מנוגד לפסיקת הרב וגורם להם להיות שותפים לחילול. בהתנגשות בין 2 זכויות וכשאין תשובה בפסקת ההגבלה, הזכות שתגבר היא זו שהפגיעה בה חמורה יותר לפרט- ולכן מכריעה לטובת הדתיים (איזון אנכי).**תוצאה** – העתירה נדחתה. התכנית שודרה. |
| מדינת ישראל נ' קפלן | בית קולנוע בירושלים פועל בשבת בניגוד לחוק העזר העירוני.  | פרוקצ'יה - לטענתה אין שיקולים סוציאליים המטרה היא רק דתית. אין פגיעה בדת, אלא רק ברגשות. אם זה מבוסס על שיקולים דתיים חוק העזר לא תקף.**תוצאה** – חוק העזר מבוטל. |

**3.8 חופש הביטוי (21-22)**

**3.8.1 רציונל ומעמד**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| קול העם נ' שר הפנים | החלטת שר הפנים לסגור את העיתון הקומוניסטי. | אגרנט - חופש הביטוי הוא זכות חוקתית הנגזרת מהאופי הדמוקרטי של המדינה. ניתן לפגוע בו אם הוא עלול לפגוע בשלום הציבור, נבחן את הסתברות הפגיעה ע"י איזון אנכי (מאחר והוא עמום): 1) האם הביטוי מסית לפעולה מסוימת. 2) נסיבות הפרסום, רגיעה או מצב חירום? 3) כמה הנזק יהיה סמוך להתבטאות.**תוצאה** - אין לסגור עיתון בשל תוכנו אלא אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה. |
| גולן נ' שירות בתי הסוהר | נאסר על אסיר לכתוב במקומון הכלא. השופטים דנים במעמדו של חופש הביטוי. | מצא - חופש הביטוי מעוגן בחו"י כבוה"א, כחלק מרציונל האוטונומיה של הפרט. דורנר - פגיעה בחופש הביטוי = פגיעה בהגשמה העצמית ובאוטונומיה = השפלה. רק במקרים כאלה הפגיעה תהיה מתוקף כבוה"א. לדעתה ברציונל חקר האמת (פוליטי), בניגוד לרציונל של אומנות למשל, אין עיגון בכבוה"א בגלל רמת המימוש עצמי.**תוצאה** – העתירה התקבלה. |
| אבנרי נ' הכנסת | עתירה נגד חוק החרם הקובע שמי שקורא לחרם על ישראל יהיה חשוף לסנקציות פליליות. | מלצר - טוען שאכן ניתן להצביע על פגיעה בחופש הביטוי במובנו החוקתי אך עם זאת אין פגיעה במרכיב הגרעיני של חופש הביטוי מאחר וההגבלה היא רק על ההשתתפות ופרסום להשתתפות לחרם על ישראל. מציע הבחנה בין 2 סוגי ביטוי: 1) ביטוי מטרתו לשכנע 2) ביטוי שמטרתו לכפות.**תוצאה -** העתירה מתקבלת בחלקה. ביטול העוולה הפלילית אבל לא את הסנקציות האחרות. |

**מאמר "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי"- אילנה דיין: מהו הרציונל לחופש הביטוי?**

1. **חיקוי/גילוי האמת (מיוחס לפילוסוף ג'ון סטויארט מיל):** אם אנו רוצים לברר מה האמת, חשוב שאנשים יוכלו לבטא את עמדתם. צריך שיהיה ויכוח בין דעות, כך האמת תתברר. האמת דרכה לנצח- זו רק שאלה של זמן. זה לא יועיל להשתיק את השקר. ההתמודדות איתו תחזק את ערך האמת בלב ובמוחות אלו שמבינים את האמת. הדעה האמיתי לא מפסידה מהתמודדות עם דעות כוזבות. בנוסף, לפעמים נדמה לנו שמישהו טועה אבל לפעמים כששומעים את האדם האחר, מגלים שהאמת היא שילוב של שני הדברים יחד.

 **מה חולשות הרציונל?**

1. אם חופש הביטוי ראוי להגנה בשל תפקידו בחקר האמת, מדוע שלא נעניק הגנה דומה להתנסויות שונות של התנהגות?
2. רעיון יעילותו של שוק הרעיונות הוא חלק מן התיאוריה הכללית יותר של שוק חופשי כדרך הטובה ביותר להשגת יעדים כלכליים. אולם גם חסדי תיאוריית השוק מודים בקיומם של כשלי שוק המחייבים פיקוח והסדרה ממשלתית. בדומה, ניתן לטעון גם ביחס לשוק הדעות לקיומם של עיוותים בדרכי העברתם של מסרים ולכן אולי גם להצדיק יצירתם של מנגנוני פיקוח ממשלתיים על שוק הדעות.
3. דרכה של האמת לנצח, אולם לעיתים ניצחונה מושג רק לאחר שחולף זמן רב ובדרך נגרמים נזקים חמורים. במילים אחרות, פתיחתו של שוק הדעות עשויה להיות הרסנית לפחות לטווח הקצר, וייצא שכרנו בהפסדנו.
4. **קידום הדמוקרטיה:** הדמוקרטיה הנתפסת כעקרון הממשל העצמי של האזרחים מחייבת שציבור האזרחים ייחשף למירב הדעות והנתונים על מנת שיוכל לקבוע את דעתו בצורה מושכלת.

**מה חולשות הרציונל?**

1. הצידוק הזה בכך מוגבל לכאורה לסוגי ביטוי שיש להם השפעה ישירה על מערכת קבלת ההחלטות הפוליטית, ומשאיר סוגי ביטוי אחרים, ובעיקר הביטוי האומנותי, ללא הגנה רעיונית מספקת.
2. בתגובה, ניתן לטעון שאכן יש להעניק מידה רבה יותר של הגנה דווקא לביטוי הפוליטי, מהסיבות הבאות:
3. הגנת הביטוי הפוליטי מונעת או פוגעת במנגנוני השינוי. אם קיימת הגבלה על חופש הביטוי המסחרי ניתן עדיין להתבטא בגנות המגבלה ולנסות לשנותה. אם קיימת הגבלה על הביטוי הפוליטי, לא ניתן יהיה לשנות דבר.
4. כפי שהסברנו, הענקת מעמד חוקתי לאינטרס מבוססת על שני פרמטרים: חשיבות ופגיעות. בהתאם, ההגנה על חופש הביטוי ראויה להיות מרבית במקומות בהן סביר שתוגבל. היסטורית והגיונית הביטוי הפוליטי הוא סוג הביטוי לגביו עלול הממשל להיות כופה ומגביל.
5. **מימוש האוטונומיה של הפרט:** הפרט מממש את האוטונומיה שלו בדרכים שונות ומגוונות, לאו דווקא דרך הביטוי. חופש הביטוי הוא חלק מתהליך המימוש של האדם. אדם ממש את האוטונומיה שלו בעזרת חופש הביטוי.

**מה החולשות?**

הפרט מממש את עצמו וחי באופן אוטונומי בדרכים שונות ומגוונות: הוא בוחר לו מקבוע תחביבים וכיוצא בזה. ספק אם לביטוי יש בהקשר זה חשיבות רבה יותר. השימוש ברציונל שיכול לשרת פעילות אנושית בהיקף רחב פוגע במעמדה של חירות הביטוי

**3.8.2 היקף**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| נושא | פס"ד | עובדות | הלכה |
| הסתה | אלבה נ' מדינת ישראל | הרב אלבה כתב מאמר על הלכות הריגת גוי בגינו הואשם בהסתה לגזענות ואלימות. | ברק + דורנר - בוחנים את שלושת הרציונליים במקרה: חקר האמת, אוטונומיה ודמוקרטיה. ביטוי גזעני נכלל בתוך חופש הביטוי והוא מוגן ככל ביטוי אחר. מצא (רוב) - חולק על הטענות שאומרות שאיסור פלילי על הסתה מגביל את חופש הביטוי ולגיטימי רק במקרים חמורים. לטענתו מבחן הוודאות הקרובה לא מתאים למקרה. ביטוי גזעני מסית לא נכלל בחופש הביטוי.**תוצאה** - הרשעתו בדין נותרה על כנה. |
| לשון הרע | אבנרי נ' שפירא | בקשה לצו איסור פרסום על ספר בטענת לשון הרע. | ברק - חופש הביטוי משתרע גם על ביטוי לשון הרע. עדיף סנקציה מאוחרת מאשר מניעה מוקדמת וצמצום היקף חופש הביטוי כשלא ידוע בוודאות שיהיה לשון הרע.**תוצאה** – חופש הביטוי מנצח ואין להטיל איסור פרסום מראש על ספר בטענת לשון הרע. |

**3.8.3 איך פוגעים בזכות?**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| פסטיבל למוסיקה אבו-גוש נ' שר החינוך והתרבות | עתירה כנגד שר החינוך בגין אי מימון פסטיבל כנסייתי.  | קיסטר - אין פגיעה בחופש הביטוי במניעת תמיכה. אין מקום לצוות על המדינה להקציב כספים לעותרת ועל ידי כך לקפח מוסדות שאולי ראויים יותר מבחינת צרכי המדינה לתמיכתה. כהן (מיעוט) - מניעת תמיכה בפסטיבל כנסייתי בגלל התוכן פוגעת בחופש הביטוי.**תוצאה** – העתירה נדחית. |
| בוגרי התיכון האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר | עתירה נגד חוק המפחית מימון ממי שמבזה את המדינה, נטען לפ עתירה נגד חוק המפחית מימון ממי שמבזה את המדינה, נטען לפגיעה בחופש הביטוי. פגיעה בחופש הביטוי. | נאור - למרות שהעתירה נדחית מטעמי חוסר בשלות, ניתן להגיד כי בכל מצב אין פה פגיעה בחופש הביטוי.**תוצאה** – העתירה נדחית |
| אבנרי | עתירה נגד חוק החרם הקובע שמי שקורא לחרם על ישראל יהיה חשוף לסנקציות פליליות. | מלצר - הפגיעה ממניעת הטבות אותן מעניקה המדינה הינה באופן מובנה פגיעה במדרג שני- לא חמורה. המדינה בעלת שק"ד להחליט בעניין התקשרות ביחסים עסקיים ומתן תמיכה כספית. נפסק לא פעם, כי אין לאדם, או לגוף, זכות קנויה לקבל מענקים מהמדינה. דנציגר - טוען שהפגיעה לא במדרג שני ושהיא אינה שוויונית. הרשות אינה רשאית להבחין בין גופים הנכללים באותה "קבוצת שוויון" עניינית באופן מפלה, ואין היא רשאית לבצע הבחנות הפוגעות בזכויות יסוד מוגנות. |

**3.8.4 חופש הביטוי מול אינטרס הציבור**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| בג"צ קול העם | פסק דין תקדימי זו שימש במשך שנים רבות פרדיגמה של ההגנה על הזכות לחופש הביטוי. ואף שימש בפרדיגמה לאיזון אנכי.מבסס את רעיון זכויות האדם ובסיס לקיומן. הוא הראשון שהגדיר באופן מושגי את הצורה שאנו מתקדמים כשאנו מחליטים בעניין פגיעה בזכויות. **צו סגירה לעיתון**. | פסק הדין עוסק בחשיבותו של חופש הביטוי ובאופן שבו יש לאזנו מול אינטרסים אחרים. הוא מחולק לארבעה חלקים עיקריים:1. חשיבותו התיאורטית של חופש הביטוי – אגרנט מבסס את ההכרה בחופש הביטוי כזכות מרכזית, שהיא תנאי למימוש זכויות אחרות. נוסף על כך, הוא מדגיש את הקשר בין חופש הביטוי לאופייה הדמוקרטי של המדינה, המהווה בסיס לזכויות נוספות ולעקרונות יסוד כמו הפרדת הרשויות.• ביקורת גידי: הוא טוען שהגנה על זכויות אדם אינה נובעת רק מביקורת שיפוטית על פעולות השלטון, אלא גם ממבנה המשטר עצמו, הכולל הפרדת רשויות ומנגנונים דמוקרטיים שמונעים פגיעה בזכויות מלכתחילה.2. היקף תחולתו של חופש הביטוי – למרות חשיבותו הרבה, חופש הביטוי אינו מוחלט ויש לאזנו מול זכויות ואינטרסים אחרים.3. המבחנים להגבלת חופש הביטוי – אגרנט דן בסעיף 19 לפקודת העיתונות, המאפשר לשר הפנים להגביל פרסומים שעלולים לסכן את שלום הציבור. הוא עומד על משמעות המילה “עלול” בהקשר זה ובוחן שני מבחנים משפטיים:• מבחן הנטייה הרעה – מספיקה נטייה רחוקה של הביטוי לפגוע בשלום הציבור כדי להצדיק הגבלה.• מבחן הוודאות הקרובה – יש להוכיח קשר סיבתי הדוק וברור בין הפרסום לפגיעה הצפויה.אגרנט מאמץ את מבחן הוודאות הקרובה, המצמצם את האפשרות להגביל את חופש הביטוי.4. יישום המבחנים על המקרה – בית המשפט מחיל את מבחן הוודאות הקרובה על הפרסומים שבמחלוקת ומגיע למסקנה כי אין וודאות קרובה לכך ששלום הציבור ייפגע, ולכן אין הצדקה לאסור את הפרסום.הרחבת הפרדיגמה של “קול העם”למרות שהמבחן נולד מתוך לשון החוק (“עלול”), בפסיקות מאוחרות, כמו בפרשת שניצר, נקבע כי מבחן הוודאות הקרובה יחול גם כאשר לשון החוק אינה כוללת ביטוי כזה. בית המשפט הבהיר כי מדובר בגישה עקרונית לאיזון בין חופש הביטוי לבין אינטרסים ציבוריים כמו ביטחון המדינה.• פרשנות גידי: גידי מסביר שהגישה הפרשנית של בית המשפט אינה רק כלי משפטי אלא משקפת עמדה עקרונית לגבי יחסי הכוחות בין חופש הביטוי לבין ביטחון המדינה. כלומר, גם כאשר אין דרישה מפורשת בחוק, בית המשפט ממשיך להפעיל את מבחן הוודאות הקרובה מתוך הכרה בערך המרכזי של חופש הביטוי בדמוקרטיה. |
| מפלגת ישראל ביתנו נ' יו"ר ועדת הבחירות | עתירה כנגד החלטת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית האוסרת על חלוקה בחינם של גיליון המגזין הצרפתי “Charlie Hebdo”. | סולברג (רוב) - סעיף 8 לחוק דרכי תעמולה חל רק כאשר יש ודאות קרובה לפגיעה בטוהר הבחירות או בשוויון. במקרה זה, חלוקת הגיליון המיוחד אינה יוצרת פגיעה כזו, ומניעתה תפגע בחופש הביטוי הפוליטי, ולכן אין לסווגו כ"מתנה" ואין למנוע את חלוקתו.**תוצאה** – העתירה מתקבלת. |
| אורין נ' מדינת ישראל | בתוכנית הרדיו יומן השבוע נכלל ריאיון עם הרב חיים מילר, סגן ראש-עיריית ירושלים וממלא-מקומו. בין היתר, קרא לדגל ישראל "מקל עם סמרטוט של כחול לבן". | חשין - תיאור דגל ישראל כ"מקל עם סמרטוט של כחול לבן עליו" עולה לכאורה כדי עבירה של פגיעה בכבוד דגל המדינה. בסופו של דבר, חשין מצטרף לעמדת שני השופטים האחרים, מצא וברק, ודוחה את העתירה משני טעמים:1. הרב מילר לא אמר דברים שאמר בכוונת-מכוון לפגוע ולבזות.2. אין זה ראוי לנו כי בית המשפט ייתן שיקול-דעתו תחת שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אלא במקרים יוצאי-דופן.**תוצאה** – העתירה נדחית. |

**4. סמכויות חירום (23-24)**

**4.1 הכרזה על מצב חירום**

חוק יסוד הממשלה, סעיף 38.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת | האגודה לזכויות האזרח הגישה עתירה בשנת 1999 נגד הכנסת וממשלת ישראל בדרישה לבטל את הכרזת מצב החירום, שנמשך מאז קום המדינה. הם טענו שמצב זה פוגע בזכויות האזרח, נעשה בחוסר סמכות, ומשמש ככלי חקיקתי לא מוצדק. המדינה תעסוק בעניין ביטחוני מורכבת, שיש לנו פעולות בנושא, אך מתקיימים מאמצים לצמצום התלויה במצב החירום. | רובינשטיין וארבל – קובעים שהעתירה מיצתה את עצמה – היא השיגה חלק גדול ממטרותיה, בעיקר תנועה לשינויי חקיקה. עם זאת, הם מציינים שהעבודה עוד לא הסתיימה לחלוטין. הם מדגישים שישראל עדיין מתמודדת עם מציאות ביטחונית מורכבת, אין מקום לבטל את מצב החירום לחלוטין. יחד עם זאת, העתירה תרמה להאצת תהליכים חקיקתיים, אין צורך בהתערבות נוספת של בית המשפט תוך כדי זה.ביניש – ביניש מסכימה עם פסק דינו של רובינשטיין, לפיו העתירה מוצתה ויש למחוק אותה. עם זאת, היא מדגישה שאם לא תחול התקדמות מצומצמת נוספת החקיקה התלויה במצב החירום, אפשר יהיה לפנות שוב לבית המשפט. בנוסף, היא מציינת שהתהליך לצמצום החקיקה צריך להמשיך ובתקווה משגם ללא התערבותו של בית המשפט.**תוצאה-** העתירה נמחקה וצו על תנאי בוטל. |

**4.2 תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945**

פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, סעיף 11.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| ליון נ' גוברניק | מר ליון עתר נגד אישור המדינה להפקיע דירה שבבעלותו, בהתבסס על תקנות ההגנה לשעת חירום, כדי לשכן בה בעל משרה בכיר. הוא טען שהמטרה אינה ביטחונית אלא לשם נוחות הבכירים, ושתקנות ההגנה המנדטורי אינן תקפות במדינת ישראל בשל השינויים שחלו עם הקמת המדינה בטענה שהן דיקטטוריות, אנטי-יהודיות ונועדו בעבר לדכא את היישוב היהודי ולמנוע עלייה לארץ. | עמדת השופטים (זמורה, אולשן, אסף) – הכירו עם שטענותיו של ליון הן כבדות משקל, אך דחו את העתירה .-הם קובעים כי שינוי מהותי מערכת המשפט הוא תפקיד הכנסת, ולא של בית המשפט. בית המשפט אינו יכול לבטל חוקים מהמשפט המנדטורי אלא אם הכנסת הח-לשיטתם, סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט לשינויים טכניים בלבד , שנדרשים כדי לאפשר את המשך טכנולוגיית יישום החוקים לאחר קום המדינה ויה החדשות, ולא לשינוי מהותי או לביטול חקיקה מנדטורית.-בית המשפט הדגיש כי הפרדת החייבת אותו במיוחד מהתערבות בחקיקה, במיוחד במדינה צעירה כמו ישראל.**האם השלטון ממשיך לפעול כמו בתקופת המנדט?**למרות שבית המשפט לא ביטל את תקנות ההגנה, הוא הכיר את שהן בעייתיות מבחינה משפטית ודמוקרטית. עם זאת, הוא קבע שתפקיד לבטל את שמור לכנסת ולא לבית המשפט. במקום זאת, הוא שמר את הסמכות לפקח על פעולות הפעלה, תחילה באופן פורמלי – כלומר, לוודא המשך בדיקה של מערכות הפעלה ובעיות אופנתיות. בשנותיה הראשונות של המדינה הסתפק בית המשפט בפיקוח פורמאלי, אך עם השנים הוא החל להפעיל גם ביקורת שיפוטית מהותית, התפתחה לגיבושה המלאה בשנת 1989, בפרשת שניצר.  |
| שניצר נ' הצנזור | הצנזור הצבאי הראשי פוסל קטעים מכתבה אשר דנה בראש המוסד העומד להתחלף. בכתבה הייתה ביקורת על פעילותו ועל יכולת התפקוד של המוסד, בנוסף פרסמו את תאריך החלפה של ראש המוסד. הצנזור פוסל את הקטעים מחשש לביטחון הציבור מטעם ס'87(1) לתקנות ההגנה. | ברק – קובע כי הפרשנות שניתנה להן בתקופת המנדט. הוא מחיל על סמכותו של המפקד הצבאי להגביל את חופש הביטוי את אותן אמות מידה המופעלות בהקשרים אחרים. בהתאם לכך, פגיעה בחופש הביטוי תותר רק כאשר קיימת וודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה.**תוצאה-** צו החלטי לטענת העותרים. ביהמ"ש לא ביטל את תקנות ההגנה, אך קבע שיש להשתמש בהן רק כאשר יש וודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה. |

**4.3 תקנות שעת חירום**

חוק יסוד הממשלה, סעיף 39.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| פורז נ' ממשלת ישראל | מכוח ס'9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט פרסמה הממשלה תקנות שעת חירום (תוכניות חירום לבניית יחידות דיור) כאשר באותו זמן הייתה תלויה ועומדת לפני הכנסת הצעת חוק הליכי תכנון ובניה שנתקבלה כשבוע לאחר מכן. השלילה (של ביהמ"ש) התבססה על כך שבמקביל התנהל בכנסת הליך חקיקה מזורז של חוק שקבע הסדר דומה לזה שבתקנות והושלם כשבוע לאחר כניסת התקנות לתוקף. | ביהמ"ש (לוין) – אומנם תקנות חירום נועדו לקצר הליכים, אך אין להשתמש בסמכויות חירום אם ניתן להשתמש בחקיקה רגילה של הכנסת. בנוסף, כאשר נוצר מרוץ בין הממשלה לכנסת, בחינת מי יקדים את מי, יש לראות את התעלמותה של הממשלה ממעשה החקיקה של הכנסת והתקנת תקנות **כפגם מהותי. יש להעדיף חקיקה רגילה על התקנת תקנות אם הדבר מתאפשר מהנסיבות.****תוצאה-** שלילת התקנות. |

**4.4 חקיקת חירום תלוית הכרזה**

חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979 (קריאה כללית)

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| פחימה נ' מדינת ישראל | פרשת פחימה היא דוגמה אחת מיני רבות לניסיון של בית המשפט לשמור על המחויבות לזכויות האדם בצד הצורך להגן על בטחון המדינה.בפרשה זו אישרה השופטת פרוקצ'יה את ההחלטה לעצור את המערערת במעצר מנהלי. | המעצר המנהלי הוא כלי חריג שנועד למצבים קיצוניים שבהם קיימת סכנה ממשית לביטחון המדינה או הציבור, כאשר המערכת המשפטית הרגילה אינה מספקת מענה מספק. בשל הפגיעה הפוטנציאלית בחירות הפרט, בית המשפט מחויב לפיקוח הדוק על חוקיות הצו ולוודא שהשימוש בו הוא הכרחי ובלתי נמנע לשמירה על שלום הציבור.במקרה המדובר, השופטת פרוקצ’יה שקלה אפשרות לחלופת מעצר בית עבור פחימה, אך הצעות נציגי העותרת לא עמדו בדרישותיה.תכליתו הכפולה של החוק: מחד, לשמור על ביטחון המדינה. מאידך, להגן על כבודו וחירותו של כל אדם.התכלית המשולבת מצמצמת את מרחב שיקו"ד של הרשות בעשיית שימוש באמצעי מעצר מנהלי והיא כופפת אותו למערך של גבולות, בקרה ופיקוח הדוקים. **נדרש איזון בין כבודו וחירותו של האדם לבין ביטחון המדינה.** האיזון הזה מעצם טיבו קשה ולעיתים הוא בלתי נמנע בתנאי המציאות הביטחוניים של המדינה והחברה. **מעצר מנהלי הוא מניעתי ולא עונשי והוא אמצעי אחרון ובלתי נמנע להגן על הביטחון במקום שאמצעים אחרים פחות קיצוניים כשלו. לכן, השימוש הוא רק במקום של סכנה ממשית לביטחון המדינה**. (משתמשת במבחן הקרבה לוודאות).גידי מעלה טענה נפוצה לפיה המדינה וכוחות הביטחון מרחיבים את השימוש במעצר מנהלי, כולל נגד מתנחלים ביהודה ושומרון, באופן שעלול לפגוע בזכויותיהם מבלי שיוכלו להתגונן. הוא מדגיש שההגנה על זכויות אדם אינה אמורה להיות תלויה בעמדה פוליטית, ושכל אזרח במדינה דמוקרטית צריך להיות מודע לחשש מפני שימוש יתר של המדינה בכוחה.**תוצאה-** המעצר של פחימה היה בלתי נמנע והראיות הצביעו על סכנה מוחשית מיידית וישירה לביטחון המדינה ולכן העתירה נדחית |
| שנסי נ' המפקח על היהלומים | העיסוק ביהלומים כפוף לרישוי לפי צו הפיקוח על היהלומים, יבואם ויצואם שהותקן מכוח חוק הפיקוח. רישיונו של שנסי הותלה לאחר שהורשע ברצח. לאחר ששוחרר ממאסר פנה למפקח על היהלומים וביקש לחדש את הרישיון אך סורב ומכאן העתירה. | חשין **–** משתמשים בחוק זה רק במקרים כאשר יש צורך דחוף להסדיר עניין. ראוי לחתור לפרש את החוק על דרך הפרשנות המצמצמת ונכון יהיה להזריק לתוכו עקרונות יסוד המקובלים במשפט. |

חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957 (קריאה כללית)

חוק המאבק בטרור תשע"ו-2016 (קריאה כללית)

**4.5 חקיקת חירום בלתי תלויה**

חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| פלונים נ' שר הביטחון | ס'2 לחוק המעצרים המנהליים קבע שאם לשר הביטחון יש יסוד סביר להניח מטעמי ביטחון המדינה/ציבור מתחייב שאדם יוחזק במעצר, הוא רשאי להורות על מעצרו עד 6 חודשים בצו. לבנונים מוחזקים במעצר מנהלי ועותרים כנגד זה.טענת העותרים: שר הביטחון אינו מוסמך להוציא צו מעצר מנהלי כאשר הטעם להוצאות אינו סיכון ביטחוני אלא קלף מיקוח. | **ברק**: אין להרחיב את האפשרות של מעצר מנהלי למעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה והוא מהווה רק קלף מיקוח. הפגיעה היא קשה ביותר בוודאי לאחר חקיקתו של חו"י:כבוה"ח. בנוסף, גם לא הובא לידי ביהמ"ש תשתיות עובדתיות שתראה **וודאות קרובה או אפשרות סבירה** שהמשך המעצר המנהלי יביא לקידום שחרורם של השבויים והנעדרים. את החוק עצמו לא ניתן לפסול מאחר והוא נהנה מס' שמירת דינים בכבוה"ח (התקנה חוקקה ב79'), **רק הוראה מפורשת בחוק המעצרים תוכל להוביל לפרשנות שניתן לעצור אדם כמשמש ל"קלף מיקוח".**על רקע פס"ד זה נחקק חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. |
| פלוני נ' מדינת ישראל | עתירה של תושבי רצועת עזה שמשייכים אותם לארגון טרור. הם טוענים שהבעיה בחוק היא שיקול הדעת ולא הסמכות. | **ביניש):** החוק עומד בפסקת ההגבלה, אין עילה להתערבות אך אומרת שני דברים:-החוק לא נועד לאשר החזקה של עצורים כקלף מיקוח, תכליתו להרחיק מפעולות איבה מי שפעלו נגד מ"י.-ביהמ"ש לא הכשיר את החוק. העותרים טענו שס'7 קובע חזקה העומדת בסתירה לעקרונות חוקתיים ובניגוד לדין הבינלאומי. המדינה התנגדה ואמרה שבמקרה זה הוכחה המסוכנות של כל אחד מהעצורים. **ביניש אומרת**, **שבגלל שהמדינה נמנעה עד כה משימוש בחזקה והסבירה את מסוכנתם של העצורים, אין צורך להכריע בשאלת ס'7, מאחר והמדינה נמנעה בשימוש החזקה כי לא יודעת כמה הוא פוגע בזכויות חוקתיות**. |

**5. מדינה יהודית ודמוקרטית**

**5.1 הגירה ומרשם (25)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| שליט נ' שר הפנים | קצין בחיל הים התחתן עם גויה- בעניין ילדיהם.  | זוסמן (רוב- 5) - השאלה היא האם ניתן לרשום אותם כיהודים ולא אם כאלה. לרישום אין משמעות אופרטיבית ולכן אין בעיה. זילברג וקיסטר (מיעוט דתי) - דוגל במבחן ההלכה האובייקטיבי. לא ניתן להפריד דת ולאום. לא יהודים – לא ירשמו, אחרת יהיו השלכות הרסניות. לנדוי ואגרנט (מיעוט חילוני) - יש משמעות לרישום- קרב על הסמל. לא רוצים להשליט את השקפת עולמם לכן לא מתערבים, בעצם שתיקתה הכנסת קיבלה את פרשנות שר הפנים- גם לא להחליט זו החלטה.**תוצאה** - העתירה מתקבלת (9 שופטים) מתקנים את חוק השבות- נוספת ההגדרה של מי הוא יהודי. |
| דהן נ' שר הפנים | הוגשה עתירה להכיר לעניין חוק השבות גם בגיור רפורמי הנערך כולו בארץ.  | חיות - גיורים רפורמיים וקונסרבטיביים בישראל מוכרים לצורך חוק השבות, כל עוד לא נקבע אחרת בחקיקה. לדבריה, ההכרעה היא אזרחית ולא דתית, ונובעת מהיעדר הסדרה חקיקתית למרות המתנה ארוכה למחוקק.סולברג - מסכים עם התוצאה אך טוען כי הנושא צריך להיות מוסדר בחוק, לא בפסיקה. הוא מציע לדחות את כניסת פסק הדין לתוקף ב-12 חודשים כדי לאפשר למחוקק לקבוע שהכרה בגיור בישראל תיעשה לפי ההלכה והרבנות הראשית בלבד.העתירה התקבלה ובכך הגיעה לסיומו מסע של 50 שנה. הלכה מהפכנית: ביהמ"ש מכריע בסוגיה – כל גיור - אורתודוקסי, רפורמי, קונסרבטיבי, פרטי או ציבורי שנעשה בארץ או בחו"ל ע"י קהילה יהודית ומוכרת תקף לצורכי חופש דת. |
| סטמקה נ' שר הפנים | האם כל בן זוג של יהודי זכאי לשבות ולאזרחות (וזו גרסת העותרים), או שמא נאמר הכתוב מדבר אך ורק בבן זוג של יהודי טרם היותו אזרח ישראל, כגרסת המשיבים? | חשין - מצד שיקול תכלית החוק: לא להפריד משפחות. לכן חוק השבות לא חל על בן זוג גוי של יהודי שהיה אזרח ישראל בעת נישואיו. הסע' מדבר רק על יהודים שטרם עלו ארצה והשבות מוקנית לבני משפחתם בטרם עלו. מצד שיקול הפליה: פירוש מצומצם עדיף על מנת למנוע אפליה.חשין משתמש בעקרון השוויון כדי לצמצם את חוק השבות- טעמי הפליה בין יהודים לערבים. |
| עדאלה נ' שר הפנים | אישור חוק האזרחות. השיקול הדמוגרפי יכול היה להיות ראוי במקרה הצורך, עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה- ביהמ"ש בוחר להתעלם ממנו לחינם.  | דעת הרוב: מדובר בתכלית ביטחונית חשובה. חשין - לא נכניס לחוק מה שלא כתוב בו- לא דובר על תכלית דמוגרפיתלוי - מצטרף לדעת הרוב למרות שבעיניו זה לא חוקתי כי מדובר בהוראת שעה שכנראה לא תוארך.ברק (מיעוט) - השוויון נפגע ולא עומד במבחן המידתיות במובן הצר- תועלת מול נזק (בדיקה ביטחונית קפדנית הייתה שומרת על הזכות תוך פגיעה מינימלית באינטרס).פרוקצ'יה (מיעוט) - התכלית היא דמוגרפית ולא ביטחונית ולכן אינה ראויה (יש סתירה בכך שניתנים אישורי עבודה זמניים לתושבי השטחים ולכן התכלית לא ראויה).**תוצאה –** העתירה נדחית. |

**5.2 בחירות ומפלגות (26)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית | טענתם הייתה שהוועדה חותרת תחת המדינה. בית המשפט העליון אישר את ההחלטה. | זוסמן (רוב) - רואה ברשימה שנפסלה גוף החותר לחיסול המדינה. עם זאת, הוא מקדיש חלק נרחב לעקרון הדמוקרטיה המתגוננת, תוך השוואה לרפובליקת ויימאר, משטר דמוקרטי שקרס בשל מתן חופש יתר למפלגות אנטי-דמוקרטיות.אגרנט (רוב) - מפלגה שמטרתה לחתור תחת קיומה של המדינה אינה יכולה להשתתף בבחירות. אך הוא מדגיש גם את אופייה של ישראל כמדינה יהודית, ולא רק את שאלת האיום הפיזי על המדינה, דבר שמוביל לביקורת מצד פרופ' גביזון שההכרעה אינה מבוססת על שיקולים ביטחוניים בלבד.כהן (מיעוט) - טוען כי אין סמכות לפסול רשימה ללא חוק מפורש, גם אם מדובר בגוף עוין למדינה. מדגיש כי במדינת חוק אין לשלול זכויות אדם ללא בסיס חוקי גם אם מדובר בבוגדים.מוסיף כי אינו מזהה סכנה ממשית, ברורה או מידית מהשתתפות הרשימה בבחירות, ולכן אין הצדקה לפסילתה.**תוצאה** – ההחלטה אושרה. |
| ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית | וועדת הבחירות המרכזית פסלה שתי רשימות: רשימת כך והתנועה המתקדמת לשלום. כל חמשת השופטים הסכימו לבטל את שתי הפסילות. | ארבעת השופטים (אלון, בייסקי, שמגר ובן פורת) אימצו את הלכת ירדור, לפיה ניתן לפסול רשימה גם ללא חוק מפורש, אך רק אם היא מהווה איום על קיום המדינה.אלון+ בייסקי - סברו כי נדרשת חקיקה מפורשת להרחבת סמכות הפסילה.שמגר - התנגד לחקיקה כזו אך קבע כי פסילה תתאפשר רק אם יש "ודאות קרובה" לסיכון למדינה.אלון - התנגד לכל מבחן תוצאתי להערכת הסיכון.ברק - היחיד שסבר כי ניתן להרחיב את עילות הפסילה שיפוטית ולכלול גם פגיעה ברעיון המדינה, אך טען כי לא התקיימה סכנה מסתברת במקרה זה.**תוצאה** - לא היו די ראיות לאיום על קיום המדינה, ולכן הפסילה של הרשימה המתקדמת לשלום בוטלה.רשימת כך לא איימה על קיום המדינה, אלא רק על רעיון המדינה, ולכן לא הייתה עילה מספקת לפסילתה. |
| ועדת הבחירות המרכזית נ' טיבי | ועדת הבחירות המרכזית פסלה מועמדות בטענה של תמיכה בארגון טרור.  | ברק - לא הוכחו ראיות חד-משמעיות לתמיכה בשלילת קיומה של ישראל. יש לפרש בצמצום את סעיף 7א, כיוון שהוא מצמצם את הזכות להיבחר, בעוד שלגבי ביטול זכויות יש לנקוט פרשנות רחבה.שטרסברג-כהן - סעיף 7א מבטא את עקרון הדמוקרטיה המתגוננת, אך פסילת מועמדות היא צעד קיצוני, שיש להפעילו רק עם ראיות חד-משמעיות למעשים ממשיים, ולא רק להתבטאויות.פרוקצ'יה - פסילת מועמדות לפי סעיף 7א היא צעד חריג, ולכן יש להשתמש בו בזהירות ורק כאשר יש ראיות ברורות לפעילות אקטיבית נגד המדינה, תוך איזון בין הזכות להיבחר לבין הצורך להגן על הדמוקרטיה.**תוצאה** – הבקשה לפסילתו של טיבי נדחתה. |
| בל"ד ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית ואח' | וועדת הבחירות המרכזית פוסלת את שתי הרשימות, מכאן הערעור. ג'מאל, יו"ר בל"ד הצהיר ברשימתו כי הוא רוצה שתי מדינות לשני עמים עם שוויון אזרחי מלא. בהמשך הצהיר כי ההכרה בזכויות היהודים היא ברמה תת מדינית בלבד תוך שוויוניות מוחלטת לבני העם הפלסטיני. למרות האמירות. | לוי - מקבל את הערעור ולא פוסל את התמודדות הרשימה. המשמעות: ביטול דה פקטו (בדיעבד) של עילת שלילת קיומה של מדינת ישראל |

**5.3 התיישבות (27)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| פס"ד | עובדות | הלכה |
| אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל | אביטן, קצין משטרה ביקש לחכור מגרש ביישוב הבדואי שגב-שלום ממניעים כלכליים: בעומר מגרש עלה מאה אלף דולר ואילו בשגב-שלום מגרש של דונם באלפיים דולר.המנהל סירב ואביטן עתר. | השופט אור דוחה את העתירה. |
| קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל | העותר, שהוא ערבי תושב בקה-אל-גרביה ביקש לרכוש בית או מגרש למגורי משפחתו בתחומי היישוב הקהילתי קציר אשר בנחל עירון אך סורב ופנה לבג"צ. | ברק - מונה נסיבות בהן חזקת ההתעלמות משיקולי לאום יכולה להיסתר, אולם קבע כי בנסיבות המקרה לא הייתה הצדקה לפסילה על הסף של מועמדים לא יהודים.כדוגמה למקרה בו בדלנות לגיטימית ברק מאזכר את פסק הדין בעניין אביטן. ברק איננו מנמק, אך נראה שהוא מבסס זאת על הזכות לתרבות. נראה שלדעתו זכות זו שמורה למיעוטים ולא לרוב.נוסף להגבלת הזכות לתרבות לקבוצת מיעוט בלבד, ברק נותן שני טעמים אחרים לקבלת העתירה:א. בפועל אין הקצאה מקבילה של קרקע להתיישבות ערבית ועל כן למעשה מדובר במדיניות "נפרד אבל לא שווה". [נפרד אך שווה אבל עקום].ב. לקבוצה היהודית אין כל ייחוד תרבותי אשר אינטרס השמירה עליו יצדיק התיישבות בדלנית שלהם. |
| סבח נ' הכנסת | תיקון מס' 8 (2011) מאפשר לוועדות קבלה ביישובים קטנים בגליל ובנגב לדחות מועמדים מחוסר התאמה קהילתית. העותרים טענו כי החוק מוביל להפליה סמויה, בעיקר נגד ערבים, בעוד שהמדינה טענה שהוא שומר על אופיים הייחודי של היישובים. | חיות - קובעת שהעתירות נגד ועדות הקבלה אינן בשלות להכרעה. היא מדגישה שסעיף 6ג(ג) אוסר על אפליה, ולכן יש לפרש את סמכויות הוועדות באופן מצמצם, כך שסירוב יתבסס רק על התאמה ברורה לתקנון היישוב. לבסוף, היא מציעה פרשנות מצמצמת שתבטיח החלטות אובייקטיביות ולא מפלות. |